

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES**

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

TECO GUATEMALA HOLDINGS LLC

c.

REÚBLICA DE GUATEMALA

**MEMORIAL DE ANULACIÓN DE
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

17 DE OCTUBRE DE 2014

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y RESUMEN.....	1
A.	Las tres deficiencias manifiestas del laudo que deben ser anuladas total o parcialmente	1
B.	Extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades y falta de expresión de motivos en los que se funda la equiparación de una violación del derecho nacional a una violación del tratado y la revocación de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad.....	2
1.	La errónea decisión sobre jurisdicción	2
2.	La revocación de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad	3
3.	La omisión de aplicar el derecho internacional y, en cambio, equiparar una violación del derecho nacional a una violación del Tratado.....	5
C.	La falta de expresión de motivos del Tribunal y su quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental a la hora de determinar la compensación	6
D.	La falta de motivación del Tribunal en relación con su decisión sobre costos	9
E.	Petición de suspensión de ejecución del Laudo	9
F.	Estructura del Memorial	10
II.	EL ARBITRAJE ORIGINAL Y EL LAUDO.....	10
A.	La Controversia	10
B.	El Arbitraje	17
C.	El Laudo	20
III.	EL MECANISMO DE ANULACIÓN DEL CIADI.....	23
IV.	CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO.....	26
A.	El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades	26
1.	El Tribunal se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre una controversia meramente regulatoria en virtud del derecho interno	30
2.	Manifiesto abuso de poder del Tribunal por la revisión y la revocación <i>de facto</i> de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.....	40
3.	El Tribunal abusó manifiestamente de su poder al omitir la aplicación del derecho internacional, que era el derecho aplicable, y al equiparar un incumplimiento del derecho interno con una violación del CAFTA-RD	54

4.	Conclusión sobre el abuso de poder manifiesto del Tribunal.....	71
B.	El Laudo no expresa los motivos en que se funda.....	72
1.	Falta de expresión de los motivos en que se funda la Decisión sobre Jurisdicción	73
2.	Falta de expresión de motivos en relación con el criterio de derecho internacional aplicable	78
3.	La manifiesta contradicción referida a la posibilidad de revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.....	81
4.	La falta de fundamentación y la manifiesta contradicción referidas a la decisión sobre daños por pérdidas históricas	83
5.	Falta de expresión de motivos en relación con la decisión sobre costos	87
6.	Conclusión sobre la falta de expresión de motivos	89
C.	El Tribunal incurrió en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental	91
V.	PETITORIO	93

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN

1. De conformidad con la Resolución Procesal N.º 1 del 1 de agosto de 2014, la República de Guatemala (*Guatemala*) presenta este memorial en respaldo de su Solicitud de Anulación del 18 de abril de 2014 (la *Solicitud* o la *Solicitud de Anulación*) para impugnar el laudo emitido el 19 de diciembre de 2013 (el *Laudo*) en el arbitraje iniciado por TECO Guatemala Holdings LLC (*TGH*) contra Guatemala (el *Arbitraje* o el *Arbitraje original*).

A. LAS TRES DEFICIENCIAS MANIFIESTAS DEL LAUDO QUE DEBEN SER ANULADAS TOTAL O PARCIALMENTE

2. La solicitud de anulación presentada por Guatemala se funda, básicamente, en las siguientes tres deficiencias manifiestas del Laudo:

(a) Se resolvió que Guatemala había violado el Tratado por lo que fue, según surge del propio razonamiento del Tribunal, una simple violación del derecho interno. En su decisión, el Tribunal efectivamente revocó las sentencias anteriores de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que habían ratificado el cumplimiento del derecho interno, fundando su decisión en la suposición de que había existido una violación del derecho nacional. No obstante, es un principio fuertemente arraigado que el derecho internacional, incluidos los tratados de protección de inversiones, no castigan violaciones puramente del derecho interno, y que los tribunales constituidos en virtud de tratados de inversión no son tribunales de apelación en materia de derecho local;

(b) La compensación otorgada a favor de la Demandante en el Laudo no se calculó en relación con las consecuencias del acto de gobierno que se resolvió constituía una violación del Tratado. Por el contrario, se calculó sobre la base de la conducta regulatoria que el Tribunal no entendió que fuera ilegal, y sin considerar las pruebas periciales presentadas por Guatemala. Es por ello que Guatemala fue condenada a pagar, de manera injusta, inexplicable y contradictoria, por un acto por el cual no fue considerada responsable; y

(c) El Tribunal acordó que los costos deberían distribuirse entre las Partes "*tomando como base el principio de que la parte vencida paga los costos*"¹. Sin embargo, el Tribunal otorgó a TGH el 75 por ciento de sus costos a pesar de haber resultado vencida en todas sus reclamaciones de fondo a excepción de una, y en el 90 por ciento de su reclamación de daños. El resultado es una distribución desproporcionada e infundada de costos, que representa más del 75 por ciento de la compensación total otorgada a favor de TGH.

3. Debido a estas deficiencias el Laudo es sujeto de ser anulado, conforme se resume a continuación.

B. EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DEL TRIBUNAL EN SUS FACULTADES Y FALTA DE EXPRESIÓN DE MOTIVOS EN LOS QUE SE FUNDA LA EQUIPARACIÓN DE UNA VIOLACIÓN DEL DERECHO NACIONAL A UNA VIOLACIÓN DEL TRATADO Y LA REVOCACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

4. Es un principio fuertemente arraigado que una violación del derecho internacional es diferente a una violación del derecho nacional. Particularmente, una violación del derecho interno no puede equipararse automáticamente a una violación de un tratado de protección de inversiones; es necesario que exista "*algo más*"². El Tribunal desoyó este principio básico y fundamental del derecho internacional. Esta grave deficiencia afecta a todo del Laudo.

1. La errónea decisión sobre jurisdicción

5. En primer lugar, al ignorar el principio señalado precedentemente, el Tribunal manifiestamente incurrió en un error al afirmar su jurisdicción. En realidad, omitió analizar de cualquier modo sustancial la objeción de jurisdicción *ratione materiae* planteada por Guatemala. Guatemala argumentó que la reclamación de TGH se fundaba esencialmente en un desacuerdo con el regulador del sector eléctrico en Guatemala sobre la interpretación del derecho interno -que ya había sido resuelto por la justicia local- sin más. Los tribunales donde se dirimen diferencias planteadas en virtud de violaciones a

¹ Laudo, párr. 777.

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

un tratado de inversión, cuando se enfrentan a este tipo de objeción, analizan cuál es la base fundamental de la reclamación³ y si los supuestos hechos podrían *prima facie* constituir violaciones del Tratado⁴.

6. En este caso, el Tribunal simplemente no hizo nada parecido y confió meramente en la propia caracterización de TGH de su reclamación. Se trata de un enfoque sobre las objeciones de jurisdicción *ratione materiae* universalmente rechazado⁵ ya que equivale a no analizar la objeción.
7. Por ende, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al afirmar equivocadamente su jurisdicción y no expresar los motivos en los que se funda su desestimación de la objeción planteada por Guatemala, circunstancias ambas que constituyen causales de anulación total del Laudo.

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

8. La jurisprudencia ha señalado en reiteradas oportunidades que los tribunales que dirimen controversias planteadas en virtud de tratados de inversión "*no pueden reemplazar su propia aplicación e interpretación del derecho nacional a la aplicación de tribunales nacionales*"⁶, y el propio Tribunal reconoció que "[l]a labor del Tribunal no es ni puede

³ *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 90; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* (Caso CIADI N.º ARB/07/21) Laudo, 30 de julio de 2009, **Anexo RL-12**, párr. 61; *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá* (Caso CNUDMI) Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, **Anexo RL-4**, párrs. 34, 35, 37; *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 351.

⁴ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190; *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 368. Ver también A. Sheppard, "The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case" en P. Muchlinski, F. Ortino, y C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008) 932, **Anexo RL-23**, págs. 941-942.

⁵ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/83/3) Decisión sobre Jurisdicción, 14 de abril de 1988, **Anexo RL-44**, párr. 63; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/03/26) Laudo, 2 de agosto de 2006, **Anexo RL-45** párr. 176; *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 303; *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 90.

⁶ *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23) Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441. Ver también el caso sobre *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)* Decisión, 10 de noviembre de 2010, **Anexo RL-15**, párr. 70.

ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno"⁷.

9. En este caso, la Corte de Constitucionalidad, en dos sentencias cuidadosamente razonadas del 18 de noviembre de 2009 y del 24 de febrero de 2010, había confirmado la legalidad de la mismísima conducta del regulador del sector eléctrico de Guatemala en la que se fundó enteramente la reclamación de TGH en este Arbitraje⁸.
10. De hecho, el Tribunal basó su decisión sobre el fondo en la misma conducta, reconociendo como piedra angular de su razonamiento el hecho de que la insuficiente motivación del regulador respecto de sus actos constituía una “*inobservancia deliberada de los principios fundamentales en los que se basa el marco regulatorio*”⁹.
11. La conclusión del Tribunal de la existencia de una “*inobservancia deliberada de los principios fundamentales en los que se basa el marco regulatorio*” es simplemente una manera indirecta de concluir que el regulador no cumplió con el Marco Regulatorio. De este modo, el Tribunal revocó las sentencias de la Corte de Constitucionalidad donde se había resuelto que las decisiones adoptadas por el regulador eran efectivamente coherentes con el Marco Regulatorio. El Tribunal también contradujo directamente su anterior pronunciamiento de que no podía ni le correspondía revisar las decisiones de los tribunales nacionales que habían confirmado la legalidad de la conducta del regulador. Al hacerlo, el Tribunal (a) se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no tener jurisdicción sobre una reclamación fundada en el derecho interno y su rol no era el de ser otra instancia más de apelación sobre el derecho guatemalteco, tal como él mismo reconoció en el Laudo; y (b) omitió exponer los motivos en los que se fundaba su decisión¹⁰. Ambas causales exigen la anulación total del Laudo.

⁷ Laudo, párr. 477.

⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 23-25, 29-33; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-34.

⁹ Laudo, párr. 458. *Ver también ibid*, párrs. 465, 481, 497, 621.

¹⁰ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 6.107. *Ver también Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/08/18) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2013, **Anexo RL-48**, párrs. 41-46; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún*

3. La omisión de aplicar el derecho internacional y, en cambio, equiparar una violación del derecho nacional a una violación del Tratado

12. El Tribunal fundó su decisión sobre el fondo en la supuesta “*inobservancia deliberada del Marco Regulatorio*” por parte del regulador del sector eléctrico, conducta que calificó de arbitraria y carente del debido proceso¹¹.
13. Sin embargo, el Laudo no incluye ningún análisis sobre los conceptos de conducta arbitraria o debido proceso en el derecho internacional, o de cómo una medida adoptada por un Estado puede constituir cualquiera de ellos, a partir de los hechos de este caso. Por el contrario, se centra casi exclusivamente en el derecho de Guatemala. Después de concluir que el regulador actuó en violación del Marco Regulatorio, el Tribunal hace un salto infundado y concluye que Guatemala violó el Tratado¹². No se presenta análisis alguno sobre el derecho internacional.
14. El derecho internacional era el principal derecho aplicable en el caso toda vez que TGH planteó su reclamación en virtud de un tratado internacional, solicitando que Guatemala fuera considerada internacionalmente responsable por los actos de su regulador del sector eléctrico. Sin embargo, el Tribunal no explicó cómo aplicó el derecho internacional.
15. La omisión de aplicar el derecho aplicable es un ejemplo clásico de extralimitación manifiesta de facultades¹³. Es también una grave falta omitir expresar los motivos en los

y *Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N.º ARB/81/2) Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985, **Anexo RL-49**, párr. 116; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párr. 65; *Alapli Elektrik B.V. c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/08/13) Decisión sobre Anulación, 10 de julio de 2014, **Anexo RL-51**, párr. 200; *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/08/12) Decisión sobre Anulación, 21 de febrero de 2014, **Anexo RL-52**, párr. 102; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/07/22) Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2012, **Anexo RL-53**, párr. 53.

¹¹ Laudo, párrs. 489, 492-493, 587, 619, 621, 664, 681, 688, 691, 711.

¹² Laudo, párrs. 681-682, 690, 711.

¹³ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.03; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8) Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre de 2007, **Anexo RL-54**, párr. 49; *MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7) Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-55**, párr. 44; *Hussein Nuaman*

que se funda una decisión, puesto que existe una evidente falta de motivación para resolver la existencia de una violación del Tratado (a diferencia de una violación del derecho interno)¹⁴. El Tribunal no presentó ningún razonamiento de por qué la conclusión de la existencia de una violación puramente del derecho nacional podría equipararse a una violación del Tratado; simplemente hace un salto lógico al equiparar una violación del Marco Regulatorio (calificada como una "inobservancia deliberada") a una violación del Tratado- sin más¹⁵. Por estos motivos corresponde, entonces, la anulación total del Laudo.

C. LA FALTA DE EXPRESIÓN DE MOTIVOS DEL TRIBUNAL Y SU QUEBRANTAMIENTO GRAVE DE UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO FUNDAMENTAL A LA HORA DE DETERMINAR LA COMPENSACIÓN

16. La controversia planteada ante el Tribunal, tal como fue presentada por TGH, versa básicamente sobre si el regulador del sector eléctrico de Guatemala había actuado con arreglo al derecho de Guatemala al decidir cómo se fijarían las tarifas de electricidad de una empresa distribuidora de energía eléctrica en Guatemala para los próximos cinco años. Particularmente, la cuestión era si el regulador estaba obligado a guiarse por las conclusiones de un informe de una comisión pericial y de un estudio técnico presentados por la empresa a los efectos del cálculo de tarifas.

Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 45; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28) Decisión sobre Anulación, 1 de marzo de 2011, **Anexo RL-57**, párr. 96; *CDC Group plc c. República de las Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14) Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 40; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12) Decisión sobre Anulación, 1 de septiembre de 2009, **Anexo RL-59**, párrs. 46, 136.

- 14 *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párrs. 122-123, 126, 133; *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.08; *CDC Group plc c. República de las Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 70; *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/4) Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007, **Anexo RL-60**, párr. 98.

- 15 Un salto lógico similar fue analizado cuidadosamente y desestimado por el Tribunal en *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párrs. 356, 359, donde el tribunal confirma que no tenía jurisdicción sobre una reclamación sobre el derecho nacional "disfrazada" de una reclamación al amparo de un Tratado.

17. El Tribunal entendió que al no guiarse por el informe de la Comisión Pericial y el estudio presentado por la empresa, Guatemala actuó en forma arbitraria y en ausencia del debido proceso, y que, por ende, su conducta constituía una violación del Tratado. Sin embargo, la violación ocurrió debido a que el regulador del sector eléctrico no proporcionó suficiente motivación por su decisión, no por la decisión en sí¹⁶. En otras palabras, el Tribunal no consideró a Guatemala responsable porque el informe de la Comisión Pericial y el estudio fueran vinculantes. Por el contrario, el Tribunal fue claro a lo largo de toda la sección sobre responsabilidad del Laudo de que la violación radicaba en la omisión del regulador de expresar los motivos en los que se fundaba su decisión de apartarse de dicho informe y estudio¹⁷.
18. No obstante, en el cálculo de los daños causados por la violación del Tratado por parte de Guatemala, el Tribunal ignora su propia conclusión de que el informe de la Comisión Pericial y el estudio de la empresa no eran vinculantes, y calcula los daños sobre la base de la diferencia entre la tarifa aprobada por el regulador y aquella que se habría aplicado en el supuesto de que el informe de la Comisión y el estudio del distribuidor fueran efectivamente vinculantes. Esto es totalmente incoherente con la propia decisión sobre responsabilidad del Tribunal, en la que reconoció que el regulador tenía la facultad discrecional para incorporar o no cada uno de los pronunciamientos del informe de la Comisión Pericial y del estudio del distribuidor¹⁸. La única conclusión lógica sobre daños que se desprende de sus propias conclusiones sobre el fondo sería una revisión de cada uno de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y de si el regulador razonablemente podría haber rechazado tal conclusión en ejercicio de su facultad discrecional. Aún, contradiciendo su propia conclusión de que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, el Tribunal adoptó el 100 por ciento de sus pronunciamientos en su análisis de daños.

16 Laudo, párrs. 583, 683.

17 Laudo, párrs. 565, 582-583, 588, 664, 681.

18 Laudo, párr. 531.

19. En otras palabras, se está condenando a Guatemala a pagar por daños que no fueron causados por un acto supuestamente ilegal. Los daños se calcularon a partir de otro hecho, cuya naturaleza ilegítima el Tribunal no analiza ni establece en ninguna parte.
20. Se trata de una contradicción importante y de un inexplicable salto de lógica en el Laudo que, a su vez, lleva a otra falta de motivación del Tribunal. Por lo tanto, corresponde la anulación de la sección del Laudo sobre los daños históricos otorgados a favor de TGH en concepto de compensación.
21. Existe otra deficiencia en el modo en el que el Tribunal calcula los daños históricos. Tal como explicamos anteriormente, el Tribunal decidió basar su cálculo de daños en la tarifa que se habría aplicado si el regulador hubiera aceptado íntegramente el estudio tarifario del distribuidor. Esto es incorrecto y contradictorio, tal como se señaló en los párrafos precedentes. Además, el Tribunal también ignora pruebas esenciales presentadas por Guatemala en el Arbitraje.
22. El Tribunal se basa por completo en las pruebas y en los cálculos presentados por TGH y concluye que Guatemala jamás presentó cálculos alternativos adecuados en el Arbitraje. Esto es incorrecto. Guatemala efectivamente presentó una declaración pericial exhaustiva acerca de dichos cálculos¹⁹, pero el Tribunal aparentemente omitió analizar el expediente en forma adecuada y tomarlo en consideración²⁰. En otras palabras, el Tribunal realiza sus cálculos únicamente en base a las pruebas presentadas por la Demandante. Esto es una violación de los principios fundamentales del debido proceso.
23. La falta de consideración de las pruebas y presentaciones relevantes constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, por la que corresponde la anulación parcial del Laudo.

¹⁹ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 188 y Tabla 5; Interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 16, Tr. (Inglés), Día Seis, 1414:7-1415:15, Damonte; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 194.

²⁰ Memorial de Objeciones de Jurisdicción y de Contestación de Demanda, párr. 618. *Ver también*, Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 334-335.

D. LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL TRIBUNAL EN RELACIÓN CON SU DECISIÓN SOBRE COSTOS

24. El Tribunal condenó a Guatemala al pago del 75 por ciento de los costos de TGH, equivalente a un total de US\$7.520.695,39²¹, siendo una de las asignaciones de costos más elevadas que jamás se haya dictado contra un estado demandado en la historia del CIADI.
25. El Tribunal llega a tal decisión después de afirmar, sin ningún tipo de análisis o demostración, que los costos declarados por TGH por la desorbitada cantidad de US\$10 millones sin ninguna bifurcación jurisdiccional eran “razonables” a pesar de que la totalidad de los costos incurridos por Guatemala en su defensa eran aproximadamente equivalentes a la mitad de los de TECO.
26. Asimismo, aunque el Tribunal sostiene (sin más) que su decisión sobre costos se basa en el principio de que la parte vencida paga los costos, se impuso a Guatemala el pago de los costos pese a haber resultado vencedora en la mayoría de las cuestiones sobre el fondo así como en el 90 por ciento de la reclamación de daños (toda vez que la compensación otorgada fue sólo del 10 por ciento del monto reclamado por TGH). Por consiguiente, Guatemala resultó ampliamente vencedora en el Arbitraje. De hecho, TGH claramente entendió que había "perdido" el arbitraje en tanto ha solicitado la anulación del laudo sobre daños.
27. Se desprende entonces que no existen motivos, lógica o coherencia alguna en la decisión sobre costos del Tribunal, lo que constituye una falta de motivación. Esto es causal de anulación de la decisión sobre costos del Laudo.

E. PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DEL LAUDO

28. En su Solicitud de Anulación, Guatemala solicitó la suspensión de la ejecución del Laudo hasta que el Comité dicte su decisión definitiva sobre la anulación²². TGH no ha planteado ninguna objeción al respecto y, por consiguiente, consiente la petición de

21 Laudo, párr. 780.

22 Laudo, párr. 86.

Guatemala. Esto también resulta coherente con el hecho de que la propia TGH haya solicitado la anulación, si bien parcial, del Laudo.

29. Para que no haya lugar a dudas, Guatemala reitera en el presente su petición de suspensión de ejecución del Laudo.

F. ESTRUCTURA DEL MEMORIAL

30. El presente memorial se estructura de la siguiente manera:

- (a) la Sección II resume la controversia sometida al Arbitraje original, los principales argumentos planteados por las partes durante el proceso y el Laudo;
- (b) la Sección III resume el rol del mecanismo de anulación dentro del Convenio del CIADI y presenta una descripción general de dicho mecanismo;
- (c) la Sección IV analiza las causales de anulación que se aplican al presente caso y los motivos que justifican la anulación total o parcial del Laudo;
- (d) por último, la Sección V presenta el petitorio de Guatemala.

II. EL ARBITRAJE ORIGINAL Y EL LAUDO

A. LA CONTROVERSIA

31. La controversia que dio lugar al Arbitraje se originó durante el proceso de revisión de las tarifas de electricidad en Guatemala en el año 2008. En el marco de dicho proceso surgieron algunos desacuerdos entre el regulador del sector eléctrico en Guatemala, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (la *CNEE*), y una de las empresas de distribución eléctrica del país, la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (*EEGSA*), de la que TGH era accionista. Básicamente, EEGSA estaba en desacuerdo con la interpretación de la CNEE de determinados aspectos del procedimiento de revisión tarifaria.
32. El procedimiento de revisión de tarifas de electricidad en Guatemala se establece en la Ley General de Electricidad (la *LGE*) y su Reglamento (el *Reglamento*) (en forma

conjunta, el *Marco Regulatorio*)²³. Específicamente, el procedimiento de revisión tarifaria se encuentra regulado por tres artículos de la LGE (artículos 74, 75 y 77) y dos artículos del Reglamento (artículos 97 y 98). La CNEE, en su carácter de regulador, es responsable del desarrollo del proceso y de la aprobación de las tarifas²⁴. La CNEE tiene independencia funcional respecto del Gobierno, así como presupuesto propio²⁵. Antes de avocarnos a un análisis más pormenorizado del proceso de revisión tarifaria, presentamos una serie de observaciones breves sobre cómo se determinan las tarifas de electricidad.

33. Las tarifas de electricidad se componen básicamente de dos elementos: (a) el costo de adquisición de electricidad por parte del distribuidor; y (b) el costo en el que incurre el distribuidor para brindar el servicio²⁶. El primer componente tarifario no representa un ingreso para el distribuidor; el mismo monto que paga el distribuidor para comprar energía eléctrica se traslada al consumidor a través del mecanismo que se conoce en inglés como “*pass-through*”. El segundo componente, llamado Valor Agregado de Distribución (el *VAD*), representa el ingreso real del distribuidor. Constituye la compensación que recibe por sus costos operativos y de inversión, el llamado costo de capital, el cual incluye un retorno por el capital invertido. El *VAD*, por consiguiente, es un monto de dinero que se acredita al distribuidor, a través de las tarifas, para cubrir los costos de prestación del servicio de distribución, permitiéndole al distribuidor recuperar su inversión y obtener una ganancia.
34. El *VAD* se calcula sobre la base del método de empresa modelo. Esto significa que las referencias para calcular el *VAD* no son los costos reales del distribuidor, sino los de una empresa ficticia eficiente que podría ofrecer el mismo servicio de distribución,

23 LGE, **Anexo R-8**; RLGE, **Anexo R-36**.

24 LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c), 61, 71, 77; RLGE, **Anexo R-36**, art. 29.

25 LGE, **Anexo R-8**, art. 4; Diario del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-9**, p. 112; RLGE, **Anexo R-36**, art. 29. *Ver también* Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 151-159.

26 Un tercer componente tarifario es el costo de la electricidad perdida por la red. La electricidad perdida es un costo que asume la compañía distribuidora en tanto se trata de electricidad comprada al generador pero que no puede venderse porque se ha perdido antes de llegar al cliente. Cada distribuidor tiene derecho a recuperar parte de este costo porque algunas pérdidas se consideran fisiológicas y no atribuibles a ineficiencias. Por lo tanto, la tarifa que cobra el distribuidor incorpora un recargo para cubrir este costo.

contemplando el tamaño de la red, el área de distribución, etc. La empresa real debe entonces tratar de ser lo más eficiente posible y adaptar sus costos a los de la empresa modelo si quiere ser rentable.

35. Las tarifas de electricidad en Guatemala son objeto de revisiones ordinarias quinquenales. En cada revisión quinquenal, el tema principal es redefinir el VAD para cada empresa distribuidora. El proceso de revisión tarifaria comienza con la adopción por parte de la CNEE de “*la metodología para la determinación de las tarifas*”²⁷. Esta metodología constituye los términos de referencia para que las compañías de distribución preparen, por medio de determinadas consultoras precalificadas por la CNEE, los denominados estudios del VAD, también llamados estudios tarifarios²⁸. Estos estudios presentan una propuesta de la empresa distribuidora al regulador en relación con el VAD que debería incorporarse en la tarifa que se cobrará a los consumidores. Los estudios del VAD son, en principio, preparados por las empresas distribuidoras ya que son ellas quienes cuentan con conocimiento directo acerca de la naturaleza de sus concesiones, de las categorías de clientes, del área, etc., todos ellos factores importantes para el cálculo de los costos del servicio.
36. Los estudios del VAD deben, sin embargo, cumplir con los términos de referencia fijados por el regulador, los cuales definen determinados parámetros adoptados por el regulador, tales como calidad del servicio, organización de la red, y los materiales y equipos que se utilizarán. Los términos de referencia también definen cómo debe presentarse la información. En particular, dado que el estudio del VAD es un documento extenso y complejo que incluye varias planillas de Excel con datos numéricos sobre precios y cantidades de diversos materiales, bienes y servicios utilizados por la empresa modelo, es primordial que dichos datos tengan referencias cruzadas y vínculos entre sí a fin de que el regulador pueda reconstruir y analizar los cálculos y resultados²⁹. A esto se

²⁷ LGE, **Anexo R-8**, art. 77. Ver también *ibíd.*, art. 4(c).

²⁸ *Ibíd.*, art. 74; RLGE, **Anexo R-36**, art. 97.

²⁹ Por ejemplo, las celdas que muestran el resultado de multiplicar los precios por las cantidades, tamaño de la red, usuario, etc., deberían estar vinculadas a las celdas que contienen los datos base que se multiplican, permitiendo así rastrear y analizar si la información utilizada es correcta.

refiere el término "trazabilidad" del estudio, el cual es esencial para que pueda ser "auditable" por parte del regulador.

37. Otro aspecto importante es que las empresas distribuidoras pueden impugnar (tal como hizo EEGSA en este caso) los términos de referencia en la justicia local. Una vez ratificados, no obstante, resultan vinculantes para los distribuidores.
38. Luego de que el distribuidor presenta su estudio del VAD, la CNEE lo revisa y puede requerir, en su caso, cualquier corrección necesaria para que se ajuste a los términos de referencia³⁰. La compañía debe incorporar dichas correcciones³¹ y, en caso de discrepancias entre la CNEE y el distribuidor, el Artículo 75 de la LGE establece que podrá constituirse una comisión pericial para que se pronuncie al respecto³². A continuación el Marco Regulatorio establece que la CNEE debe establecer el VAD y las tarifas³³.
39. Durante el proceso de revisión tarifaria de 2008, EEGSA encargó su estudio del VAD a la consultora Bates White, LLC (*Bates White*). Bates White presentó su estudio del VAD para EEGSA el 31 de marzo de 2008 (el *Estudio Bates White de marzo de 2008*). La CNEE está facultada a encargar un estudio en paralelo a otra consultora precalificada y de acuerdo a los mismos términos de referencia, a fin de establecer una referencia que le permita analizar atentamente los estudios preparados por las compañías distribuidoras. En este caso, la CNEE encargó un estudio paralelo a otra consultora independiente precalificada, la empresa Sigla S.A./Electrotek (*Sigla*).
40. La CNEE detectó abundantes irregularidades en el estudio Bates White, siendo varias las ocasiones en las que el estudio se apartaba de los términos de referencia (exactamente 423)³⁴. Asimismo, contrariamente a lo requerido en los términos de referencia, Bates White no entregó las bases de datos de precios en apoyo a su estudio ni vinculó entre sí

30 *Ibíd.*, art. 98.

31 RLGE, **Anexo R-36**, art. 98.

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

33 *Ibíd.*, arts. 4(c), 60, 61, 71, 73, 76; RLGE, **Anexo R-36**, arts. 82, 83, 92, 98, 99.

34 Memorial de Jurisdicción y Contestación, párr. 347.

los datos presentes en las celdas de las planillas Excel del estudio para que fuera trazable y auditable por parte de la CNEE³⁵. El estudio arrojó también un VAD ampliamente sobrevalorado³⁶. Por ejemplo, en la primera versión del estudio presentado en marzo de 2008, el VAD propuesto triplicaba el VAD de la revisión tarifaria anterior.

41. Ante la resistencia de Bates White y de EEGSA a incorporar las correcciones indicadas por la CNEE, tal como lo ordenaba el Reglamento, las partes acordaron establecer una comisión pericial para que se pronunciara sobre los desacuerdos (la *Comisión Pericial*). Esta era la primera vez que se conformaba una comisión pericial en Guatemala desde la privatización del servicio eléctrico en 1998. Asimismo, EEGSA fue la única empresa distribuidora que participaba en la revisión del año 2008 que se negó a incorporar las correcciones sugeridas por la CNEE y solicitó la conformación de una comisión pericial.
42. El informe de la Comisión Pericial dio la razón a la CNEE en la mayoría de las discrepancias entre las partes (más del 50%)³⁷, entre ellas la cuestión de la falta de vinculación, trazabilidad y auditabilidad del estudio. Por ende, recibido el informe de la Comisión Pericial y ante la falta de cualquier otra disposición regulatoria que contemplara la realización de otros estudios, la CNEE entendió que: (a) conforme al Marco Regulatorio, podía rechazar el estudio Bates White para fijar las nuevas tarifas; y

35 Un estudio del VAD es un documento extenso y complejo. Contiene múltiples datos numéricos sobre precios y cantidades de varios materiales, bienes y servicios utilizados por la empresa modelo para la distribución de electricidad. Estos datos, contenidos en celdas y planillas de Excel deben, por tanto, tener referencias cruzadas (por ejemplo, al multiplicar precios por cantidades, tamaño de la red, usuario, etc.). Estos cálculos están incluidos en otras celdas y planillas de Excel. A fin de poder reconstruir y analizar los cálculos y los resultados de las planillas relevantes, es vital conocer qué otras celdas y planillas incluían los datos o factores utilizados. Naturalmente esto puede hacerse de manera eficiente solo si las celdas y planillas están vinculadas entre sí, de tal modo que al hacer clic en una celda automáticamente se revele qué celda contiene el dato base. A esto es lo que se refiere el término "trazabilidad" del estudio, elemento esencial para que pueda ser "auditable" por el regulador.

36 La segunda versión (de mayo de 2008) recomendaba un VAD por un valor doble al anterior. En otras palabras, lejos de reducir los costos a través de eficiencias (el objetivo del Marco Regulatorio), Bates White los incrementó en un 100 o 200 por ciento. Otra irregularidad era el hecho de que, mientras Bates White presentaba estos aumentos, el Sr. Gonzalo Pérez, Presidente del Directorio de EEGSA y Director de Iberdrola, el accionista mayoritario y operador de EEGSA para América Latina, quien residía en México, se presentó ante la CNEE en abril de 2008 para "ofrecer" una subida del 10 por ciento "*por fuera del estudio*"- es decir, ignorando el cálculo supuestamente técnico del VAD realizado por Bates White. La CNEE rechazó esta "negociación" pero, lo que es más importante, esto confirmó la falta de confiabilidad del estudio Bates White.

37 Memorial sobre Objeciones y de Contestación, párr. 390; Dúplica, párr. 440; Escrito de la Demanda Posterior a la Audiencia, párr. 176.

(b) fijaría el VAD de EEGSA sobre la base del estudio tarifario que había sido preparado por la consultora independiente precalificada Sigla, tal como contemplaba el Marco Regulatorio³⁸. Estas decisiones se adoptaron a través de la Resolución CNEE 144-2008 del 29 de julio de 2008.

43. EEGSA discrepó respecto de esta interpretación del Marco Regulatorio por parte de la CNEE. Para EEGSA, la CNEE no podía rechazar el estudio del VAD de Bates White ni aprobar tarifas calculadas sobre la base de otro estudio independiente. Según EEGSA, el informe de la Comisión Pericial era vinculante. Por lo tanto, debería permitírsele a Bates White preparar unilateralmente una versión revisada de su estudio, incorporando dichas correcciones, y presentarla ante la Comisión Pericial para su aprobación. La CNEE utilizaría luego ese estudio para calcular la nueva tarifa.
44. Sin embargo, como se ha observado anteriormente³⁹, ninguno de estos pagos está previsto en el Marco Regulatorio: el informe de la Comisión Pericial no se define como vinculante; no está contemplado que la compañía distribuidora pueda presentar una versión corregida de su estudio del VAD luego del informe de la Comisión Pericial; y la Comisión Pericial no tiene más responsabilidad que la de pronunciarse sobre las discrepancias, no aprobar el estudio del VAD (función que le compete a la CNEE)⁴⁰. Es más, el Reglamento expresamente autoriza a la CNEE a calcular las nuevas tarifas sobre la base de un informe pericial independiente encargado por dicho organismo en caso de que la compañía distribuidora se niegue a incorporar sus correcciones al estudio⁴¹.
45. De todas formas, Bates White y EEGSA presentaron un nuevo estudio del VAD unilateral el 28 de julio de 2008 que no estaba contemplado en el Marco Regulatorio, con el argumento de que dicho estudio incorporaba todas las correcciones indicadas por el informe de la Comisión Pericial (el *Estudio Bates White de julio de 2008*). En el

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

39 Ver párrs. 41, 43.

40 RLGE, **Anexo R-36**, arts. 3, 82, 99.

41 RLGE, **Anexo R-36**, art. 98.

Arbitraje, Guatemala demostró que este informe no había en realidad incorporado muchas de las correcciones.

46. EEGSA recurrió a los tribunales locales para hacer valer su interpretación del Marco Regulatorio, principalmente en dos procedimientos separados. En el primero, atacó la Resolución 144-2008 del 29 de julio de 2008 por la que la CNEE consideró el informe de la Comisión Pericial de carácter consultivo pero no vinculante, rechazó el Estudio Bates White de marzo de 2008 por no cumplir con el Marco Regulatorio, y utilizó el estudio elaborado por Sigla para determinar la nueva tarifa⁴². En el segundo, EEGSA atacó la Providencia de la CNEE 3121 que disolvió la Comisión Pericial⁴³, argumentando que la Comisión Pericial no debería haberse disuelto para así poder aprobar el Estudio Bates White de julio de 2008 y que la CNEE debería haber utilizado dicho estudio y no el estudio del VAD elaborado por Sigla para fijar la tarifa.
47. Los dos procedimientos llegaron hasta la última instancia judicial guatemalteca, la Corte de Constitucionalidad, que emitió dos sentencias rechazando la posición de EEGSA y confirmando la legalidad de la conducta de la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria⁴⁴.
48. En su sentencia del 18 de noviembre de 2009⁴⁵, que versaba sobre la Resolución 144-2008⁴⁶, la Corte de Constitucionalidad decidió que el dictamen de la Comisión Pericial no era vinculante y entendió también que la CNEE había actuado dentro del marco de su competencia y que “*debía seguir el proceso regulado por ley*” durante el proceso de revisión tarifaria, incluida su decisión sobre cuál de los estudios del VAD, si el de Bates White o el de Sigla, debía utilizar para fijar la tarifa⁴⁷.

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

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

44 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

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

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

47 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 23-25 y 29-33 (énfasis añadido).

49. En su sentencia del 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad también resolvió que el procedimiento seguido por la CNEE durante la revisión tarifaria había sido correcto de acuerdo con el Marco Regulatorio, incluida su decisión de aprobar el estudio del VAD preparado por Sigla⁴⁸. La Corte de Constitucionalidad señaló que la Comisión Pericial había dictado un informe no vinculante y que, una vez realizado, le correspondía a la CNEE proceder a utilizar el estudio del VAD que consideraba adecuado a los fines de determinar la tarifa⁴⁹.

B. EL ARBITRAJE

50. TGH comenzó el Arbitraje el 20 de octubre de 2010. En su Notificación de Arbitraje, de dicha fecha, afirmaba que estaba en peligro la "*sostenibilidad a largo plazo*" de EEGSA y que su "*viabilidad operativa*" se encontraba "*minad[a] severamente*"⁵⁰. Tan solo un día después, el 21 de octubre de 2010, vendió su participación en EEGSA por un monto cercano a los US\$181.5 millones⁵¹.

51. TGH argumentó en el Arbitraje que la conducta de la CNEE durante la revisión tarifaria de 2008 constituía una violación del estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo del artículo 10.5 del CAFTA-RD⁵². Según TGH, tal violación resultaba de la manera en que la CNEE interpretó y aplicó el Marco Regulatorio, al considerar el dictamen de la Comisión Pericial como consultivo y no vinculante, y rechazar el estudio Bates White de julio de 2008 y utilizar en cambio el de Sigla para determinar las tarifas en 2008.

52. Para TGH esto constituía una arbitrariedad, una modificación fundamental del Marco Regulatorio y una frustración de sus expectativas legítimas⁵³. TGH no reclamaba

48 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 28-30.

49 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-36.

50 Notificación de Arbitraje, párr. 69 (énfasis añadido).

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

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

53 *Ibíd.*, párr. 259. *Ver también* párrs. 228, 268, 270-273, 280.

ninguna violación del Tratado respecto de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, es decir, no alegaba denegación de justicia.

53. Guatemala planteó una objeción de jurisdicción *ratione materiae* argumentando que la reclamación presentada era, en realidad, la misma reclamación puramente de derecho nacional que ya había sido resuelta por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁵⁴. De acuerdo con el artículo 10.16 del CAFTA-RD⁵⁵, el Tribunal únicamente tenía jurisdicción sobre reclamaciones que versaran genuinamente sobre la violación por parte del Estado guatemalteco de una de las protecciones a la inversión establecidas por el Tratado. Sin embargo, la controversia planteada por THG versaba meramente sobre la correcta interpretación y aplicación del Marco Regulatorio, equiparando un posible error por parte del regulador en dicha interpretación y aplicación de la reglamentación, error que ya había sido analizado y resuelto por la justicia local, a una violación del Tratado. Así y todo, el derecho internacional es claro en que una mera alegación de violación del derecho interno no puede dar lugar a una violación del tratado, mucho menos cuando, tal como ocurre en este caso, la justicia local ya resolvió sobre la cuestión y no existe ninguna reclamación de denegación de justicia.
54. Guatemala presentó amplios argumentos sobre estos puntos en sus escritos⁵⁶. El Tribunal decidió unificar la objeción sobre jurisdicción con el fondo y resolvió al respecto en el Laudo definitivo junto a su pronunciamiento sobre el fondo de la causa⁵⁷.
55. En relación con la cuestión de fondo, Guatemala objetó la interpretación del Marco Regulatorio por parte de TGH⁵⁸. También cuestionó los argumentos sobre el mérito

54 Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 47-131; Dúplica, párrs. 31-78.

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

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

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

(i) Que el demandado ha violado

(A) una obligación de conformidad de la Sección A [...]

56 Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 47-131; Dúplica, párrs. 31-78.

57 Laudo, párr. 27.

esgrimidos por TGH de que una discrepancia de derecho interno, o incluso una violación del derecho interno por parte del regulador, podría considerarse arbitraria o violatoria de las expectativas legítimas bajo el derecho internacional⁵⁹.

56. Respecto de los daños, TGH pidió una compensación por US\$243.6 millones más intereses⁶⁰. Este monto fue calculado por TGH al comparar la tarifa fijada por la CNEE en base al estudio Sigla y la mayor tarifa que reclamaba TGH en base al Estudio Bates White de julio de 2008⁶¹. En otras palabras, TGH solicitaba su parte de los ingresos netos que EEGSA habría obtenido si la CNEE hubiera aceptado y aprobado el Estudio Bates White de julio de 2008 en vez del estudio Sigla en la determinación de las tarifas. Los montos reclamados eran: US\$21.1 millones en concepto de “*pérdidas históricas*”, es decir, por el período entre agosto de 2008, cuando se aprobó la nueva tarifa, y octubre de 2010, cuando TGH vendió su inversión⁶². y US\$222.5 millones por el período que transcurre desde entonces hasta el vencimiento de la concesión. TGH asumió en este cálculo de pérdidas futuras que las tarifas de 2008 no sufrirían cambios hasta el vencimiento de la concesión, planteo que supone un total y absoluto desconocimiento del Marco Regulatorio y que resulta irrelevante a la luz de la venta de su participación a un comprador que estaba al tanto de que las tarifas se aplicarían únicamente hasta el año 2013⁶³.
57. Guatemala objetó a esta cuantificación. A través de su perito independiente, Mario Damonte, Guatemala expuso que la base para el cálculo era incorrecta⁶⁴. Aun aceptando la posición de TGH de que la CNEE no debería haber fijado las tarifas en base al estudio Sigla, sino sobre la base de la nueva versión del estudio Bates White que reflejaba el dictamen de la Comisión Pericial, Guatemala explicó que el Estudio Bates White de

58 Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 495-540; Dúplica, párrs. 214-251.

59 Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 525-534, 541-585; Dúplica, párrs. 165-215.

60 Réplica, párr. 321; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 203.

61 *Ver* párrs. 34, 35.

62 Laudo, párrs. 335-336.

63 *Ibid.*, párr. 340.

64 Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 592-615; Dúplica, párrs. 494-519.

julio de 2008 unilateral no podía utilizarse. El Estudio Bates White de julio de 2008 no incorporaba correctamente el informe de la Comisión Pericial⁶⁵.

58. Por ello, a fin de dar una respuesta completa al caso de TGH, el Dr. Damonte rehízo el ejercicio de corregir el Estudio Bates White de mayo de 2008 en base al informe de la Comisión Pericial. Al hacerlo, llegó a la conclusión que adoptando correctamente el método de TGH para calcular los daños alegados resultaba en una reducción sustancial de dichos daños⁶⁶. Guatemala también argumentó que el daño futuro alegado por TGH era netamente especulativo, considerando la venta de la inversión por parte de TGH y la imposibilidad de determinar la tarifa futura dada la periodicidad de las revisiones tarifarias quinquenales y la venta previa de la participación⁶⁷.

C. EL LAUDO

59. En una escueta sección del Laudo de apenas 4 páginas⁶⁸, el Tribunal afirma su jurisdicción *ratione materiae* sobre la reclamación de TGH concluyendo:

El Tribunal Arbitral considera que el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo [...] ⁶⁹.

60. Sobre la cuestión de fondo, el Tribunal desestimó la argumentación de cambios en el Marco Regulatorio y, en cambio, describió la controversia como un conflicto vinculado a una reclamación por violación del Marco Regulatorio por parte del regulador:

La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y

⁶⁵ Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 428-434; Dúplica, párrs. 282-487; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 334-335.

⁶⁶ Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 188 y Tabla 5; Interrogatorio directo de Mario Damonte, filmina 16, Tr. (Inglés), Día Seis, 1414:7-1415:15, Damonte; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 194.

⁶⁷ Memorial de Objeciones y Contestación, párrs. 592-615; Dúplica, párrs. 494-519; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 354-363.

⁶⁸ Laudo, págs. 97-101, secciones 2, 3 y 4 de la parte sobre “[J]urisdicción”, donde se abordan las excepciones planteadas por Guatemala, según expone el propio Tribunal en el párrafo 442 del Laudo.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 464.

de violación del Marco Regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria⁷⁰.

El fundamento de la responsabilidad del Estado es, más bien, la inobservancia de dichos principios fundamentales [del proceso regulatorio] y su violación del debido proceso administrativo⁷¹.

61. Por la misma razón, el Tribunal rechaza el planteamiento de violación de expectativas legítimas. Las expectativas invocadas por TGH se referían al mero cumplimiento por parte de la CNEE del Marco Regulatorio. El Tribunal señaló que esta clase de expectativas no son el tipo de expectativas protegidas por el derecho internacional: "*la expectativa de que el marco legal pertinente ni se aplicará de manera arbitraria [...] no tiene importancia a la hora de determinar si un Estado debe ser considerado responsable*"⁷².
62. El Tribunal rechazó todas las alegaciones de TGH, menos una. Desestimó el argumento de que la CNEE manipulara los Términos de Referencia, no colaborara en el proceso de revisión tarifaria o hubiera violado un acuerdo con EEGSA mediante el cual aceptó delegar facultades a la Comisión Pericial⁷³. También entendió que la CNEE no había intentado influenciar a la Comisión Pericial en forma indebida y que no había tomado ningún tipo de represalia contra EEGSA⁷⁴. El Tribunal también ratificó que la CNEE tenía derecho a disolver la Comisión Pericial una vez que ésta ya había emitido su informe⁷⁵, y admitió el argumento de Guatemala de que el dictamen de la Comisión Pericial no era vinculante sino consultivo⁷⁶.
63. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar mínimo internacional de trato justo y equitativo del Tratado se funda exclusivamente en la Resolución CNEE

70 *Ibíd.*, párr. 489.

71 *Ibíd.*, párr. 619. *Ver también ibíd.*, párrs. 624-638.

72 *Ibíd.*, párr. 621.

73 *Ibíd.*, párrs. 639-650.

74 *Ibíd.*, párrs. 651-652, 712-714.

75 *Ibíd.*, párrs. 653-657.

76 *Ibíd.*, párrs. 565, 670.

144-2008. Como hemos señalado anteriormente⁷⁷, dicha Resolución parte de la premisa de que el informe de la Comisión Pericial era de naturaleza consultiva, y de que el informe había confirmado que el estudio Bates White se apartaba de los términos de referencia. Ante estos antecedentes, la Resolución consideraba que la CNEE no estaba obligada a considerar el estudio Bates White y podía recurrir en cambio al estudio Sigla para determinar las tarifas.

64. En concreto, para el Tribunal la violación radica no en dicha decisión *per se* sino en que la misma fuera tomada sin suficiente motivación. El Tribunal entendió que la CNEE no había expuesto suficientes motivos para lo que el Tribunal consideraba había sido "desconocer" el informe de la Comisión Pericial. En otras palabras, la violación radicaba en el hecho de que la CNEE no había explicado adecuadamente por qué no debía darse mayor relevancia al informe de la Comisión Pericial y, específicamente, por qué no debía utilizarse como guía para corregir el estudio Bates White en vez de recurrir directamente al estudio Sigla. En palabras del Tribunal:

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

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

[...]

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

⁷⁷ Ver párr. 42.

obstante, no se ofrecieron dichos fundamentos⁷⁸. (Énfasis añadido).

65. En relación a los daños, el Tribunal Arbitral acepta la reclamación de TGH respecto a las pérdidas históricas de US\$21.1 millones, pero no las pérdidas futuras de US\$222.5 millones⁷⁹.
66. En relación con los costos, el Tribunal condenó a Guatemala al pago del 75 por ciento de los costos de TGH⁸⁰; es decir, US\$7.5 millones de un total de US\$10 millones.

III. EL MECANISMO DE ANULACIÓN DEL CIADI

67. Uno de los objetivos del Convenio del CIADI es asegurar la finalidad de sus laudos. Esto está plasmado en su artículo 53, que establece que “[e]l laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”⁸¹.
68. Sin embargo, tal como ilustra esta disposición, no se trata de un principio absoluto. El Convenio del CIADI no es totalmente indiferente a los laudos que adolecen de deficiencias graves. Es por ello que el Convenio prevé, en su artículo 52, un recurso de anulación y causales de anulación que operan como garantías fundamentales de la integridad de los procesos arbitrales regulados por el Convenio⁸². En palabras de un comité de anulación:

La integridad del mecanismo de solución de diferencias, la integridad del proceso de solución de diferencias y la integridad de la solución de la diferencia son los objetivos

78 Laudo, párrs. 664, 665, 683.

79 *Ibid.*, párrs. 716-761.

80 *Ibid.*, párrs. 769-779.

81 Convenio del CIADI, art. 53(1).

82 CIADI, “Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID”, 10 de agosto de 2012, **Anexo RL-61**, párr. 73.

básicos interrelacionados proyectados en el mecanismo de anulación del CIADI⁸³.

69. El recurso de anulación no es un mecanismo de apelación y el rol de los comités de anulación no consiste en revisar la cuestión de fondo de un laudo a fin de corregir sus conclusiones de hecho y de derecho. La anulación es un mecanismo de control cuyo fin es garantizar la "legitimidad" de los laudos del CIADI⁸⁴. Por consiguiente, a pesar de su alcance restringido, el mecanismo de anulación cumple un rol fundamental en el Convenio.
70. En particular, la función de control de la anulación es particularmente importante en casos que involucran decisiones deficientes sobre jurisdicción. Un distinguidísimo comentarista, el Profesor Pierre Lalive, al referirse a la decisión de anulación en *Industria Nacional de Alimentos c. Perú*⁸⁵ (donde el comité analizó la decisión probablemente insuficientemente fundada en la que negaba jurisdicción) señaló que:

[I]ndependientemente de las preferencias doctrinarias o filosóficas de los comentaristas sobre la finalidad (¿absoluta o relativa?) de los laudos arbitrales internacionales, existe una cuestión que debería mantenerse ampliamente incuestionable: la decisión de asumir jurisdicción cuando esta ha sido denegada por el Estado de tal importancia capital que debe ser absolutamente fundada y justificada [...]. Y ante la ausencia de un consentimiento existente y probado, difícilmente podría decirse que los árbitros han 'asumido' la jurisdicción sino que, en términos más adecuados, parecería que la hubieran creado o usurpado. [...]

Al explicar los motivos en los que se fundan su decisión de asumir la jurisdicción, [...] [los árbitros] deberían ser particularmente conscientes del excepcional cuidado que se requiere a la hora de verificar el consentimiento de un Estado

83 *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 23. *Ver también CDC Group plc c. Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14) Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 34.

84 *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/03/6) Decisión sobre Anulación, 19 de octubre de 2009, **Anexo RL-62**, párr. 24.

85 *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/4) Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007, **Anexo RL-60**.

a la jurisdicción del CIADI- consentimiento que implica una entrega significativa de la soberanía (judicial) a favor de personas extranjeras, más precisamente, a favor de inversores que son 'nacionales de otro Estado Contratante' (Artículo 25 del Convenio)⁸⁶. (Énfasis añadido).

71. De ello se desprende que la función de control de anulación resulta también particularmente relevante en caso que un laudo presente más de una causal de anulación, especialmente si una de dichas causales de anulación se basa en la falta de expresión de motivos en los que se funda la decisión sobre jurisdicción. El mismo comentarista, en base a su análisis de la decisión de anulación en *Industria Nacional de Alimentos c. Perú*, abogó por un “*deber especial de los Árbitros de justificar su decisión [de jurisdicción] 'en forma adecuada' y 'con el cuidado muy especial' [...]*”⁸⁷.
72. En las siguientes secciones analizaremos las causales de anulación que afectan, muy seriamente, al Laudo. En particular, entre las causales de anulación contempladas en el artículo 52, tres de ellas pueden -y deben- invocarse contra el laudo: que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; que no se expresaron en el Laudo los motivos en que se funda y que el Laudo supone un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.
73. No es inusual que los mismos errores en un Laudo puedan dar lugar a otras causales de anulación simultáneas. Tal como plantea un comentario de Schreuer sobre el Convenio del CIADI:

La práctica ha demostrado no sólo que una amplia gama de errores percibidos se subsumen en las tres causales contempladas en el Art. 52 (1) frecuentemente empleadas sino también que el mismo conjunto de hechos suele interpretarse al mismo tiempo como diferentes causales de anulación⁸⁸.

⁸⁶ P Lalive, “On the Reasoning of International Awards” (2010) 1(1) Journal of International Dispute Settlement 55, **Anexo RL-63**, p. 61.

⁸⁷ P Lalive, “On the Reasoning of International Awards” (2010) 1(1) Journal of International Dispute Settlement 55, **Anexo RL-63**, p. 61, donde se refiere con aprobación a la posición adoptada por el Árbitro Berman en su voto disidente en *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/4) Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007, **Anexo RL-60**, Voto disidente, párr. 17.

⁸⁸ C Schreuer y otros, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2 ed, (2009), art. 52, **Anexo RL-40** págs. 933-934, párr. 114, traducción libre del inglés.

74. En este sentido, el comité de anulación en *Duke c. Perú* entendió que:

Esta práctica es completamente posible dentro del marco del Artículo 52(1), el cual permite que una parte solicite la anulación '*fundad[a] en una o más de las siguientes causas*'. Es frecuente que en las solicitudes de anulación del CIADI se establezca que el mismo aspecto de un laudo constituye no sólo una extralimitación manifiesta de facultades, sino también un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y una falta de expresión de los motivos por parte de un tribunal⁸⁹. (Énfasis en el original)

IV. CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO

A. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES

75. De acuerdo con el artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, un laudo debe anularse si "*el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades*".
76. Tal como explica el comité de anulación en *Vivendi I*, la extralimitación de facultades por parte de un tribunal jamás es, "*por definición*", una cuestión trivial⁹⁰. Es un tema muy serio ya que implica que el tribunal se apartó del acuerdo de arbitraje de las partes, violando el mandato que se desprende de dicho acuerdo.
77. Existe una extralimitación manifiesta de facultades cuando un tribunal excede los límites de la jurisdicción que le ha sido otorgada⁹¹, o cuando no aplica la legislación aplicable a la controversia⁹². Tal como explica Schreuer en uno de sus comentarios:

⁸⁹ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28) Decisión sobre Anulación, 1 de marzo de 2011, **Anexo RL-57**, párr. 91. Ver también *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7) Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007 **Anexo RL-55**, párr. 57.

⁹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párr. 63.

⁹¹ Por ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párr. 86; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párrs. 41-44; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), 1 de septiembre de 2009, **Anexo RL-59**, párr. 45.

⁹² *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, parr. 5.03; *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/98/4) Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002,

La forma más importante de extralimitación de facultades tiene lugar cuando un tribunal excede los límites de su jurisdicción [...]. En el caso de un arbitraje ante el CIADI, la jurisdicción surge del Artículo 25 del Convenio y del acuerdo de las Partes sobre el consentimiento. Un tribunal también puede extralimitarse en sus facultades al negarse a ejercer una jurisdicción que no le corresponde. Otra instancia de extralimitación de facultades sería una violación del Artículo 42 sobre el derecho aplicable. La omisión de aplicar el derecho acordado por las partes o el derecho determinado por la norma residual del Artículo 42 (1) contradice el acuerdo de arbitraje de las partes y puede constituir una extralimitación de facultades⁹³.

78. En palabras de un comité de anulación:

El concepto de 'facultades' de un tribunal va más allá de su jurisdicción; se refiere al alcance de la función que las partes le atribuyeron al tribunal en el cumplimiento de su mandato, y a la manera en la cual las partes acordaron que tal función debía desarrollarse. Es por ello que, por ejemplo, la omisión de aplicar el derecho elegido por las partes (más no una aplicación equivocada) fue reconocida por los Estados Contratantes del Convenio del CIADI como una extralimitación de facultades, punto que también ha sido aceptado por los comités de anulación⁹⁴.

79. Por lo tanto, en primer lugar, existe una extralimitación de facultades si un tribunal actuó más allá de su jurisdicción, incluida *ratione materiae*:

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

- ejerce su jurisdicción sobre una persona o un Estado en relación con el cual no tiene jurisdicción;

Anexo RL-64, párr. 22; *MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7) Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-55**, párr. 44.

⁹³ C Schreuer y otros, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2 ed, (2009), art. 52, p. 938, **Anexo RL-40**, párr. 133, traducción libre del inglés.

⁹⁴ *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19) Decisión sobre Anulación, 14 de junio de 2010, **Anexo RL-65**, párr. 46, traducción libre del inglés.

- ejerce su jurisdicción sobre una cuestión que no está comprendida dentro de la jurisdicción del tribunal;

- ejerce su jurisdicción sobre una cuestión no contemplada en el consentimiento de las Partes⁹⁵.

80. Los comités de anulación han subrayado la importancia de la anulación con motivo de extralimitación de facultades en relación con decisiones sobre jurisdicción:

[E]l ejercicio legítimo de facultades de un Tribunal está atado al consentimiento de las partes, de modo tal que se extralimita en sus facultades cuando actúa en contravención de dicho consentimiento (o sin su consentimiento; es decir, sin jurisdicción)⁹⁶. (Énfasis añadido).

81. Por lo tanto, en caso de alegaciones de extralimitación de facultades en relación con decisiones sobre jurisdicción, el comité de anulación puede -y debe- llevar adelante una revisión exhaustiva de las cuestiones jurisdiccionales:

La cuestión es, por lo tanto, en qué medida el análisis de las cuestiones jurisdiccionales se justifica por la causal de extralimitación manifiesta de facultades. La respuesta a este interrogante es si la causal le permite al comité *ad hoc* ejercer control sobre lo resuelto por el tribunal arbitral⁹⁷.

82. Tal como señala otro distinguido comentarista, el Profesor Kaufmann-Kohler:

Cualquiera sea la base de la jurisdicción tratado o contrato, el requisito de que la conducta sea manifiesta parece ser inadecuado en el contexto de la jurisdicción. Un tribunal o tiene jurisdicción o no la tiene; no existen puntos grises. En otras palabras, todo ejercicio de autoridad jurisdiccional sin la adecuada jurisdicción constituye una extralimitación manifiesta de facultades⁹⁸. (Énfasis añadido).

⁹⁵ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 42, traducción libre del inglés.

⁹⁶ *CDC Group plc c. República de las Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 40, traducción libre del inglés.

⁹⁷ P Pinsolle, “Jurisdictional Review of ICSID Awards”, presentación, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 7 de mayo de 2004, **Anexo RL-66**, p. 7, traducción libre del inglés.

⁹⁸ G Kaufmann-Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?” en: (E Gaillard e Y Banitafermi (eds), *Annulment of ICSID Awards* (2004) 189, **Anexo RL-67**, págs. 198-199, Traducción libre del inglés. *Ver también* P Pinsolle, “Jurisdictional review of ICSID

83. En palabras de Sir Franklin Berman:

La jurisdicción es, sin lugar a dudas, una cuestión fundamental y, si es así, no estoy seguro de que ello lleve a la respuesta de que uno la trataría, podría tratarla o legítimamente debería tratarla como si fuera exactamente lo mismo que las demás causales de anulación⁹⁹. [...]

84. En segundo lugar, existe una extralimitación de facultades si el Tribunal no aplica el derecho aplicable como debe ser aplicado:

El concepto de 'facultades' de un tribunal va más allá de su jurisdicción; se refiere al alcance de la función que las partes le atribuyeron al tribunal en el cumplimiento de su mandato, y a la manera en la cual las partes acordaron que tal función debía desarrollarse. Es por ello que, por ejemplo, la omisión de aplicar el derecho elegido por las partes en la determinación de la controversia (más no una aplicación equivocada) fue reconocida por los Estados Contratantes del Convenio del CIADI como una extralimitación de facultades, punto que también ha sido aceptado por otros comités de anulación¹⁰⁰.

85. En palabras del comité de anulación en *MINE c. Guinea*:

El Comité entiende que la disposición resulta significativa de en dos modos. Otorga a las partes de la controversia plena libertad para acordar las reglas del derecho aplicable al fondo de su controversia y le exige al tribunal que respete la autonomía de las partes y aplique tales reglas. Desde otro punto de vista, el acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable forma parte de su acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, el hecho de que un tribunal desoiga las reglas de derecho acordadas constituiría una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales el tribunal ha sido autorizado a funcionar. Algunos ejemplos de tal derogación incluyen la aplicación de reglas del derecho diferentes a las acordadas por

Awards” (2004) 5(4) Journal of World Investment and Trade 613, **Anexo RL-68**, p. 616 (“No se puede estar mitad en lo cierto y mitad equivocado cuando se trata de cuestiones relativas a la jurisdicción.”); F Berman, “Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction in ICSID Arbitration” en: E Gaillard (ed), *The Review of International Arbitral Awards* (2010) 253, **Anexo RL-69**, p. 260.

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

100 *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28) Decisión sobre Anulación, 1 de marzo de 2011, **Anexo RL-57**, párr. 96. Ver también *ibíd.*, párrs. 95, 99, 183-192.

las partes, o una decisión que no se basa en ninguna ley a menos que las partes hayan acordado una decisión *ex aequo et bono*. Si la derogación es manifiesta, supone una extralimitación manifiesta de facultades¹⁰¹. (Énfasis añadido).

86. La negativa a aplicar el derecho adecuado es obviamente aplicable a instancias en las cuales el tribunal omite aplicar el derecho internacional. En *Amco c. Indonesia*, el comité de anulación sostuvo que la anulación no se justificaría “en el supuesto de que el laudo en cuestión no violara los principios y normas aplicables del derecho internacional”¹⁰².
87. Todo ello también lo confirma Schreuer en uno de sus comentarios: “*La omisión general de aplicar el derecho internacional, si es parte del derecho aplicable, constituiría una extralimitación de facultades dejando así al laudo sujeto a anulación*”¹⁰³.
88. Un ejemplo de anulación por omisión del tribunal de aplicar la disposición del derecho internacional correcta es el caso *Sempra c. Argentina*. En este caso, el comité de anulación sostuvo que en tales circunstancias, el tribunal “cometió un error fundamental de identificación y aplicación del derecho aplicable” y, por ende, el tribunal “no ha efectuado su examen sobre la base de que la norma legal aplicable [...] y que esta no aplicación constituye una extralimitación de facultades dentro del significado del Convenio del CIADI”¹⁰⁴.

1. El Tribunal se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre una controversia meramente regulatoria en virtud del derecho interno

89. En el Arbitraje, Guatemala argumentó que el Tribunal no tenía jurisdicción *ratione materiae* ya que TGH simplemente presentó ante el tribunal del CIADI una controversia regulatoria en virtud de una ley guatemalteca. Este tipo de controversia no podría

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

102 *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/81/1) Decisión sobre Anulación, 16 de mayo de 1986, **Anexo RL-70**, párr. 21 (énfasis añadido), traducción libre del inglés.

103 C Schreuer y otros, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2 ed, (2009), art. 52, p. 975, **Anexo RL-40**, párr. 263, traducción libre del inglés.

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

constituir automáticamente una diferencia en el derecho internacional al amparo de un tratado de inversión¹⁰⁵.

90. Existe una diferencia entre una controversia regulatoria, la cual no puede ser resuelta por un tribunal internacional, y una controversia por violación de un tratado internacional, la cual puede ser resuelta por dicho tribunal y necesariamente supone “*algo más*” que una discrepancia entorno al derecho interno¹⁰⁶. En este caso, sin embargo, TGH planteó las mismas cuestiones que ya habían sido resueltas en todas las instancias judiciales en Guatemala, incluida la Corte de Constitucionalidad, la máxima autoridad judicial del Estado. Asimismo, TGH no explica cómo podría existir una violación del Tratado cuando la conducta subyacente del regulador objeto de su reclamación ha sido ratificada por la Corte de Constitucionalidad y no se ha planteado ninguna queja contra las sentencias de la Corte; es decir, no existió alegación alguna de denegación de justicia.
91. Guatemala funda su objeción de jurisdicción *ratione materiae* en el alcance del acuerdo escrito de arbitraje aplicable en este caso. Dicho acuerdo está contemplado en el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD, disposición invocada por TGH al presentar la controversia original ante el tribunal original¹⁰⁷. De acuerdo con este artículo, Guatemala consintió en someter a arbitraje toda controversia planteada por inversores estadounidenses que involucre “*una reclamación [...] en la que se alegue que [...] el demandado ha violado [...] una obligación de conformidad con la Sección A*” del Tratado¹⁰⁸. Por consiguiente, el consentimiento de Guatemala no se refiere a cualquier tipo de reclamación, sino solo a aquellas que involucran una violación por parte del Estado de Guatemala de las protecciones a la inversión establecidas en el Tratado. Por lo tanto, el consentimiento de Guatemala no comprendía, por ejemplo, reclamaciones fundadas meramente en el derecho interno.

105 Ver Dúplica, Sección IV.B.

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

107 Notificación de Arbitraje, párr. 27.

108 CAFTA-RD, art. 10.16.1(a)(i)(A).

92. Es un principio fuertemente arraigado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina que el consentimiento al arbitraje es el elemento clave para que un tribunal internacional pueda ejercer jurisdicción sobre una controversia. Por lo tanto, la observancia del acuerdo de arbitraje es esencial¹⁰⁹. Tal como sostuvo el tribunal en *Iberdrola*, caso planteado por el accionista mayoritario de EEGSA fundándose en hechos idénticos, y en el cual el tribunal aceptó la misma objeción de jurisdicción planteada por Guatemala:

Es claro entonces que el consentimiento es el requisito fundamental para que puedan someterse a arbitraje, al amparo del Convenio del CIADI, las controversias entre un Estado Contratante y un inversionista de otro Estado Contratante.

Sin embargo, el Tribunal no puede limitarse a constatar que el Estado correspondiente, en este caso la República de Guatemala, haya dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, debe verificar el alcance de dicho consentimiento, es decir, si se trata de un consentimiento amplio, que incluye cualquier controversia que pudiere quedar comprendida dentro del campo de aplicación del Artículo 25 del Convenio del CIADI, o si ese consentimiento está, de alguna manera, restringido o limitado.

El consentimiento de la República de Guatemala al arbitraje con inversionistas españoles está contenido en el Tratado y, por lo tanto, las materias respecto de las cuales se dio ese consentimiento son las que determinan la competencia del Tribunal Arbitral. Corresponde entonces a este, teniendo en cuenta la materia de la controversia planteada por el inversionista reclamante, establecer si esta queda comprendida o no dentro del consentimiento al arbitraje y, por lo tanto, si es materia acerca de la cual el Tribunal puede decidir. Para este efecto se debe analizar el instrumento mediante el cual la República de Guatemala prestó su consentimiento al arbitraje, es decir, el Tratado¹¹⁰. (Énfasis añadido).

109 Ver CIADI, “Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID”, 10 de agosto de 2012, **Anexo RL-61**, págs.53 y ss.; F Berman, “Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction in ICSID Arbitration” en: E Gaillard (ed), *The Review of International Arbitral Awards* (2010) 253, **Anexo RL-69**, p. 260; J Lew, L Mistelis y S Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003) **Anexo RL-72**, p. 795.

110 *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párrs. 293-295.

93. El análisis de los instrumentos de expresión del consentimiento debe realizarse con especial cuidado, tal como señala el tribunal en *Iberdrola*:

Como se ha señalado en anteriores decisiones dictadas por tribunales arbitrales, el análisis sobre jurisdicción debe realizarse de manera cuidadosa, en cada caso en particular, teniendo en cuenta el respectivo tratado o instrumento de expresión del consentimiento y sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del CIADI o de la competencia del Tribunal¹¹¹.

94. Por lo tanto, en este caso el Tribunal debería haber analizado cuidadosamente el artículo 10.16.1(a)(i)(A) del CAFTA-RD a fin de determinar si tenía jurisdicción; sin embargo, no lo hizo. El laudo dedica apenas ocho páginas a su decisión sobre jurisdicción y ni siquiera una vez hace referencia al artículo 10.16.1(a)(i)(A), disposición que determinaba si el Tribunal tenía o no jurisdicción *ratione materiae*.
95. El Tribunal efectivamente omitió el análisis íntegro sobre la cuestión de su jurisdicción. Obvió analizar el Tratado y presentar un análisis de los hechos y de las circunstancias específicas del caso que le permitieran al Tribunal invocar su jurisdicción para dirimir la controversia de TGH como una reclamación internacional y no nacional.
96. El Tribunal no analizó en absoluto la distinción entre una reclamación fundada en el derecho interno y una fundada en el derecho internacional, a pesar del hecho de que es un principio fuertemente arraigado que una violación del derecho interno no se convierte automáticamente en una reclamación al amparo de un tratado de protección de inversiones. Como señalaba el tribunal en *ADF c. Estados Unidos*, no tenía “autoridad” o “jurisdicción” en virtud del TLCAN para dirimir reclamaciones bajo el amparo del derecho nacional: “se requiere de algo más que una simple ilegalidad o falta de autoridad en el derecho interno de un Estado para considerar que un acto o una medida viola” las protecciones sustanciales de un tratado de protección a las inversiones¹¹².

¹¹¹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 303.

¹¹² *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190 (énfasis añadido), traducción libre del inglés. Ver también, *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999,

97. Sobran en la jurisprudencia casos que respaldan esta premisa¹¹³. En *SD Myers c. Canadá*, la demandante argumentó que Canadá había violado el estándar mínimo al imponer restricciones al transporte de sustancias nocivas para el medio ambiente que causaron un daño al negocio del tratamiento de residuos de la demandante. El Tribunal sostuvo lo siguiente:

Al interpretar y aplicar el "estándar mínimo", un tribunal constituido al amparo del Capítulo 11 no tiene un mandato indefinido para cuestionar el proceso de toma de decisiones de un gobierno. Los gobiernos tienen que tomar muchas decisiones potencialmente controversiales. Al hacerlo, puede parecer que cometieron errores, juzgaron los hechos de manera incorrecta, actuaron en base a una teoría económica o sociológica equivocada, pusieron demasiado énfasis en algunos valores sociales por sobre otros, y adoptaron soluciones que resultaron ser ineficaces o contraproducentes. El remedio ordinario, si lo hay, para reparar errores en los gobiernos modernos es a través de procesos políticos y legales internos, entre las que se incluyen las elecciones.

[...]

El Tribunal entiende que existe una violación del Artículo 1105 únicamente cuando se ha demostrado que un inversor ha sido tratado de tal manera injusta o arbitraria que el trato dispensado alcanza niveles inaceptables desde el punto de vista internacional. La determinación debe hacerse a la luz de la alta medida de deferencia que el derecho internacional generalmente dispensa al derecho de las autoridades

Anexo RL-2, párr. 90; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **Anexo RL-73**, párr. 145; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **Anexo CL-69**, párr. 157; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/9) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **Anexo RL-74**, párrs. 127, 148-149; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/3) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **Anexo CL-63**, párr. 243.

¹¹³ *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, **Anexo CL-41**, párrs. 261, 263; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párrs. 195, 200; *GAMI Investments, Inc c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párr. 103; *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB[AF]/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190; *Genin y otros c. República de Estonia* (Caso CIADI N.º ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párrs. 365-367; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 762, 779; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 296.

nacionales de regular cuestiones dentro de sus propias fronteras¹¹⁴. (Énfasis añadido).

98. En *Genin c. Estonia*, la demandante planteó que las acciones supuestamente ilegales del banco central en el contexto de la regulación de servicios financieros constituían una violación del estándar mínimo. De igual modo, el Tribunal resolvió que:

[S]i bien la decisión del Banco Central de revocar la licencia de EIB suscita críticas, no alcanza el nivel de una violación de cualquier disposición del TBI¹¹⁵. [...] (Énfasis añadido).

99. La distinción entre una reclamación fundada en el derecho interno y una reclamación planteada al amparo de un tratado de inversión es relevante para el fondo pero también, principalmente, en lo atinente a la jurisdicción *ratione materiae* en tanto, tal como explicamos anteriormente, los tratados de inversión suelen limitar el tipo de controversias que pueden someterse a la decisión de un tribunal constituido al amparo de un tratado. Pueden presentarse únicamente aquellas controversias que den origen a reclamaciones verosímiles de violación de estándares del tratado.
100. A fin de determinar si, en efecto, la controversia sometida califica como una reclamación internacional, un tribunal debe analizar sus bases fundamentales y no puede aceptar la caracterización jurídica formal de la reclamación que presenta la demandante: “en la aplicación de los presuntos hechos a la cuestión legal de jurisdicción planteada, el tribunal debe caracterizar los hechos de manera objetiva” y “el tribunal no puede simplemente adoptar la caracterización propuesta por la demandante sin ningún otro tipo de análisis”¹¹⁶. Tal como plantea otro tribunal, “[l]as frases hechas [...] no pueden sustituir al análisis”¹¹⁷.

114 *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, **Anexo CL-41**, párrs. 261, 263, traducción libre del inglés.

115 *Genin y otros c. República de Estonia* (Caso CIADI N.º ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párrs. 365 y 367, traducción libre del inglés.

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

117 *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 90.

101. Esta prueba comúnmente se ha denominado también test *prima facie*. En palabras del tribunal en *Bayindir c. Pakistán*:

En este sentido, la primera tarea del Tribunal es determinar el significado y el alcance de las disposiciones que invoca Bayindir como que confieren jurisdicción y evaluar si los hechos alegados por Bayindir están comprendidos en dichas disposiciones o son capaces, en caso de demostrarse, de constituir violaciones de las obligaciones a las que refieren. Al llevar adelante esta tarea, el Tribunal aplicará un estándar de *prima facie* tanto para determinar el significado y el alcance de las disposiciones del TBI como para evaluar si los hechos alegados pueden constituir o no violaciones. Si el resultado es afirmativo, habrá quedado establecida la jurisdicción del tribunal, pero la existencia de las violaciones seguirá siendo objeto de litigio en relación con la cuestión de fondo¹¹⁸. (Énfasis añadido).

102. En este caso, la base fundamental de la reclamación de TGH era la controversia acerca de si la CNEE violó el Marco Regulatorio en la manera en la que lo aplicó en el contexto de la revisión tarifaria de 2008 de EEGSA. El Tribunal describió la controversia en los siguientes términos:

La presente disputa surge de la alegada violación, por parte de la CNEE, del Marco Regulatorio Guatemalteco para la determinación de las tarifas de distribución de energía por parte de EEGSA, sociedad distribuidora de electricidad en la cual la Demandante tenía una participación indirecta¹¹⁹.

103. Otros párrafos del Laudo contienen una descripción similar:

La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del Marco Regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria¹²⁰.

La cuestión aquí consiste en determinar si el Marco Regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del

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

119 Laudo, párr. 79.

120 *Ibid.*, párr. 489.

caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio. Las Partes discrepan al respecto¹²¹.

104. No obstante, el Tribunal no profundiza sobre la base fundamental de la reclamación y sobre si ésta cumple o no el test *prima facie*. Por el contrario, el Tribunal acepta sin más la caracterización formal de los hechos que presenta TGH. El Tribunal describe las afirmaciones de TGH de la siguiente manera:

[E]l Demandante alega que los actos de Guatemala infringieron "*un sentido de justicia, equidad y sensatez*" y "*constituyen una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política* [la de LGE], o de otro modo subvierte[n] gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto." [...] Guatemala repudió los principios fundamentales en los que se basaba el Marco Regulatorio y [...] [L]a CNEE no actuó de buena fe en el proceso de establecer las tarifas correspondientes al período 2008-13, y violó abiertamente la ley al disolver la Comisión Pericial en julio de 2008¹²². (Énfasis en el texto)

105. El Tribunal entendió que si la acusación de TGH de que Guatemala había actuado en forma arbitraria y en una inobservancia deliberada del Marco Regulatorio era cierta, podría entonces darse una violación del Tratado y, por tanto, el Tribunal tendría jurisdicción sobre dicha reclamación:

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

En opinión del Tribunal Arbitral, no cabe duda de que, si el Demandante prueba que Guatemala actuó en forma arbitraria y desconoció total y deliberadamente el marco regulatorio aplicable o mostró una falta absoluta de candor o buena fe en el proceso regulatorio, dicha conducta constituiría un incumplimiento del estándar mínimo¹²³.

121 Laudo, párr. 534.

122 Laudo, párrs. 459-461.

123 Laudo, párrs. 464-465.

106. Sin embargo, no es este el punto. Por supuesto que si las alegaciones de TGH se probaran a la luz de su caracterización de la reclamación, el Tribunal tendría entonces jurisdicción. Pero el análisis de jurisdicción consiste en determinar si las alegaciones y caracterizaciones tienen un fundamento real, *prima facie*, en vista de los hechos del caso. Este es el análisis que debe hacerse y el cual está ausente en este caso. Por el contrario, el Tribunal consideró que las alegaciones planteadas por TGH, es decir, su caracterización de los hechos, eran suficientes a los efectos de determinar la jurisdicción. Todo lo que el Tribunal le exigía a TGH era que hubiera invocado el Tratado y que hubiera empleado palabras como "arbitrariedad", "mala fe", "inobservancia deliberada"; tan solo eso. Esto efectivamente elimina cualquier tipo de objeción a la jurisdicción *ratione materiae*.
107. Por lo tanto, el análisis de la base fundamental de la reclamación está ausente. Es como si una reclamación por incumplimiento contractual pudiera calificarse como una reclamación en virtud de un tratado de protección de las inversiones simplemente porque la demandante alega que el incumplimiento fue arbitrario o de mala fe. Es un principio reconocido que ello no es posible¹²⁴.
108. Lo cierto es que, en este caso, la controversia al amparo del Tratado no podría distinguirse de la controversia fundada en el derecho interno. El Tribunal mismo describió la controversia como una controversia que “*se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del Marco*

124 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **Anexo RL-73**, párr. 145; *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá* (Caso CNUDMI) Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, **Anexo RL-4**, párr. 34; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6) Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **Anexo CL-69**, párr. 157; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de America* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 7 de agosto de 2002, **Anexo RL-76**, párrs. 119-121; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **Anexo RL-75**, párrs. 197, 263; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párrs. 95-96, 98-101; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* (Caso CIADI N.º ARB/07/21) Laudo, 30 de julio de 2009, **Anexo RL-12**, párr. 61.

*Regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria*¹²⁵. Esto es precisamente lo que el proceso judicial iniciado por EEGSA en Guatemala analizó.

109. En casos en los que, como en el presente, la controversia radica en un mero desacuerdo entre un inversor con las acciones de un órgano administrativo que ya ha sido objeto de una decisión final dictada por las autoridades judiciales locales, la única reclamación viable que puede iniciarse es una reclamación por denegación de justicia. En otras palabras, en caso de diferencias entre un ente regulador y un inversor, la obligación del Estado es garantizar que se pueda recurrir a los tribunales -organismos competentes para dirimir tales diferencias-, que dichos tribunales garanticen el debido proceso y no dicten decisiones arbitrarias. Tal como se ha explicado anteriormente y se analizará con mayor detenimiento en la siguiente sección, el máximo tribunal de Guatemala resolvió la controversia a favor de la CNEE en dos sentencias separadas, y TGH no presentó ningún reclamo por denegación de justicia impugnando las decisiones del máximo tribunal. No lo hizo presumiblemente porque las decisiones están cuidadosamente fundadas y no se acercan a una violación del estándar del derecho internacional.
110. En otras palabras, si TGH quisiera que Guatemala fuera declarada responsable en su carácter de Estado en virtud del derecho internacional, tendría que demostrar que los tribunales de Guatemala -quienes fueran llamados a intervenir en el conflicto por EEGSA y que eventualmente fallaron a favor de la posición adoptada por la CNEE- obraron de manera incorrecta. Tal como resolvió el 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**”¹²⁶. De no ser así, esto supondría permitirle a un inversor recurrir a los tribunales internacionales como una segunda instancia, volver a litigar cualquier conducta de una autoridad regulatoria nacional con la que el inversor discrepa, incluso si dicha conducta fuera aprobada por las autoridades judiciales locales.

125 *Ibíd.*, párr. 489.

126 *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 97 (énfasis en el original).

111. Por lo tanto, el Tribunal se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre una controversia meramente regulatoria de derecho interno, desoyendo la base fundamental de la reclamación, sin aplicar el test *prima facie*, y simplemente aceptando la caracterización de TGH de dicha reclamación. La única reclamación que TGH podría haber planteado ante el tribunal internacional habría sido una reclamación por denegación de justicia, pero no lo hizo.
112. Como señalamos anteriormente, una extralimitación manifiesta en las facultades jurisdiccionales constituye un incumplimiento grave ya que supone una violación del acuerdo de arbitraje entre las partes, es decir, su consentimiento al arbitraje. El Comité en *Helnan c. Egipto* fue claro al respecto:

La cuestión de si el tribunal arbitral del CIADI se ha extralimitado en sus facultades se determina en referencia al acuerdo de las partes. Es ese acuerdo o compromiso del que surgen las facultades del tribunal y el cual, por consiguiente, determina su alcance. En el caso de una reclamación planteada en virtud de un tratado de inversión, este acuerdo está constituido por el TBI y por el Convenio del CIADI (que incorpora el contrato de arbitraje por vía de referencia) así como por la presentación de la reclamación del inversor. En conjunto, estos tres elementos constituyen el acuerdo de inversión y, por lo tanto, establece los parámetros de las facultades del Tribunal¹²⁷. (Énfasis añadido).

113. En este caso, el Tribunal ignoró por completo el acuerdo de arbitraje y equivocadamente afirmó su jurisdicción sobre una reclamación meramente del derecho interno, la cual ya había sido resuelta por la justicia local. Esto constituye una extralimitación manifiesta de las facultades por la cual corresponde la anulación total del Laudo.

2. Manifiesto abuso de poder del Tribunal por la revisión y la revocación *de facto* de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad

114. Como ya se analizó en la sección anterior, TGH pretendió utilizar su reclamo internacional para retomar la sustanciación de cuestiones referidas a la interpretación del Marco Regulatorio de Guatemala que ya habían sido resueltas por la Corte de

¹²⁷ *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19) Decisión sobre Anulación, 14 de junio de 2010, **Anexo RL-65**, párr. 40, traducción libre del inglés.

Constitucionalidad, la máxima instancia judicial del país. Sin embargo, el derecho internacional impide la revisión *de facto* de decisiones nacionales sobre aspectos del derecho interno¹²⁸. Así lo sostuvo el tribunal de *Arif c Moldavia*:

[L]os tribunales internacionales deben abstenerse de cumplir el rol de máximos tribunales de apelación. No pueden reemplazar con su propia aplicación e interpretación del derecho nacional la aplicación que de él hagan los tribunales nacionales. Se empañaría la distinción necesaria entre la jerarquía de instancias dentro del sistema judicial nacional y la función de los tribunales internacionales si “[u]na simple diferencia de opinión de un tribunal internacional fuera suficiente” para hacer lugar a la conclusión de que un tribunal nacional violó el derecho internacional. La opinión de un tribunal internacional de que posee una mejor comprensión del derecho interno que el tribunal nacional y de que éste incurrió en un error no basta. En efecto, como lo señaló la Demandante, los tribunales arbitrales no pueden “ponerse en la piel de tribunales internacionales de apelación”¹²⁹. (Énfasis añadido).

115. Conforme a un principio fundamental del derecho internacional, un tribunal arbitral no puede revisar las decisiones adoptadas por tribunales nacionales en materia de derecho interno. En palabras del tribunal del caso *ADF c Estados Unidos*: “*el Tribunal no está facultado para revisar la validez y autoridad legal de las medidas de los Estados Unidos objeto de esta controversia en los términos del derecho administrativo interno de dicho país. No funcionamos como un tribunal de apelación con respecto a las medidas de los Estados Unidos*”¹³⁰.

128 *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190. Ver también, *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 129; *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23) Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441.

129 *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23) Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441, traducción libre del inglés.

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

116. De igual modo, una autoridad pública no transgrede el derecho internacional cuando implementa una decisión avalada por sus tribunales nacionales, a menos que la decisión de dichos tribunales sea impugnada de conformidad con el derecho internacional:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación¹³¹.

117. De manera similar, el Tribunal de *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos* declaró que no podía intervenir como un tribunal local adicional de apelación o amparo:

[E]ste Tribunal señalaría que no constituye una nueva instancia de apelación, así como el Capítulo XI del TLCAN no es una forma novedosa de amparo en relación con las sentencias dictadas por los tribunales federales de las Partes del TLCAN¹³².

118. En el Laudo, el mismo Tribunal reconoció dicho principio al afirmar que no le correspondía revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad:

En efecto, es cierto que los tribunales guatemaltecos han resuelto algunas de las cuestiones en disputa sobre la interpretación del Marco Regulatorio de Guatemala y la regularidad de algunas de las decisiones de la CNEE en el marco de dicha legislación. También es cierto que el Tribunal Arbitral deberá aplicar el derecho guatemalteco a algunos de los aspectos regulatorios de la controversia y que, al hacerlo, probablemente deba acatar las decisiones adoptadas por los tribunales de Guatemala cuando esos aspectos de la controversia están sujetos al derecho de ese país¹³³ [...] (Énfasis añadido).

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

132 *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 129.

133 Laudo, párr. 474.

La labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno¹³⁴.

119. No obstante, el Tribunal hizo exactamente lo contrario en el Laudo.
120. Como se explicó anteriormente, al término del proceso de revisión tarifaria de 2008, EEGSA impugnó los actos relevantes de la CNEE ante la justicia local. En particular, EEGSA cuestionó dos resoluciones de la CNEE: la Resolución 144-2008¹³⁵, por la cual se consideró que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, se rechazó el estudio de Bates White y se aprobó el estudio de Sigla para fijar las tarifas; y la Resolución 3121¹³⁶, en virtud de la cual se declaró la disolución de la Comisión Pericial una vez emitido su informe.
121. En su decisión del 18 de noviembre de 2009 referida a la Resolución 144-2008¹³⁷, la Corte de Constitucionalidad concluyó que la CNEE había actuado dentro del alcance de sus atribuciones y había “*seguido el proceso regulado por ley*”¹³⁸. En particular, la Corte de Constitucionalidad determinó que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante y que la CNEE podía decidir, en atención a dicho informe, si aceptaba o no el estudio de Bates White y si se ceñiría al estudio de Sigla para establecer las tarifas¹³⁹:

Señalada por la amparista violación del derecho al debido proceso, por la decisión de no aceptar como hechas las correcciones indicadas por la autoridad reguladora (que tampoco la Comisión Pericial hizo suyas en su dictamen), debe establecerse que, en este caso, no se determina que en la Ley General de Electricidad y en el Reglamento que la desarrolla se imponga a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica la obligación de asumir con carácter vinculante dicho dictamen, por cuanto, dada la naturaleza de la opinión

134 Laudo, párr. 477.

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

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

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

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

139 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 24-26.

de los expertos, aun cuando sea concorde, no la obligaba a aceptar sus términos para aprobar las tarifas del caso. Debe entenderse la locución “pronunciarse” en el sentido coherente que corresponde en el contexto de la Ley precitada, que tiene el equivalente a "declarar o mostrarse a favor o en contra de algo" (Diccionario de la Academia Española), por lo que el dictamen producido solo podía tener valor ilustrativo o informativo para que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica asumiera la decisión que le concierne en la materia. Así que al haberse pronunciado la comisión de peritos sobre los puntos sometidos a su dictamen -que fue entregado a la autoridad reguladora-, el proceso habría de tenerse por concluido, puesto que no podría caer en un círculo interminable [...] ¹⁴⁰. (Énfasis añadido).

Pretender que la Comisión Pericial pudiera tener una función dirimente de un conflicto y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante es contrario al decantado principio de legalidad que es característico del Estado de Derecho [...]. [De conformidad con] la Ley General de Electricidad, la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y de ninguna manera, directa o indirecta, a una comisión pericial ¹⁴¹. (Énfasis añadido).

Llegado al punto de que continuaran las discrepancias entre la operadora de la distribución de energía eléctrica con los términos de referencia determinados por la autoridad del subsector eléctrico, a pesar de haberse ya rendido informe de una comisión pericial, debía proseguir el proceso que cumpliera los plazos perentorios previstos en el Artículo 75 de la Ley y 98 párrafo tercero del Reglamento, para 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 ¹⁴². (Énfasis añadido).

140 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 21-22.

141 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 29.

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

122. La Magistrada de la Corte Suprema Gladys Chacón Corado disintió de la sentencia mayoritaria del 18 de noviembre de 2009, al considerar que, dadas las circunstancias del caso, el Marco Regulatorio no le permitía a la CNEE apartarse de la decisión de la Comisión Pericial ni reemplazar el estudio de Bates White por el estudio de Sigla¹⁴³. Como se analizará más adelante, los argumentos de la Magistrada Chacón en su voto disidente fueron en gran parte los expresados por el Tribunal en el Arbitraje, lo que demuestra que el Tribunal efectivamente revocó la decisión mayoritaria de la Corte de Constitucionalidad¹⁴⁴.
123. En su sentencia del 24 de febrero de 2010¹⁴⁵, la Corte de Constitucionalidad concluyó además que la Resolución 144-2008 se había dictado de conformidad con la ley¹⁴⁶, que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante¹⁴⁷ y que la Comisión Pericial había sido disuelta legalmente por la CNEE tras la emisión de su informe¹⁴⁸. En la decisión citada, la Corte de Constitucionalidad finalmente dispuso lo siguiente:

[N]o 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

-
- 143 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Voto Disidente de la Magistrada Gladys Chacón Corado, págs. 001603-001604.
- 144 Laudo, párrs. 524-531.
- 145 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.
- 146 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 27-28.
- 147 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 35.
- 148 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 32.

ciñó al procedimiento establecido en la Ley y Reglamento que regulan la materia¹⁴⁹. (Énfasis añadido).

[A]tribuirle a la Comisión Pericial de mérito 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 facultad 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 Derecho¹⁵⁰. (Énfasis añadido).

[L]a Ley General de Electricidad y su respectivo Reglamento, de manera precisa, establecen y definen el procedimiento que tanto las distribuidoras de energía eléctrica del país como la [CNEE] deben agotar previo a fijar el monto de la tarifa que deberá regir [...]. Esta Corte, al igual que lo hizo en [los expedientes que derivaron en la decisión del 18 de noviembre de 2009], al contraponer lo regulado en los citados cuerpos normativos y la forma en la que se sustanció el expediente administrativo, que subyace al presente amparo, determina que el trámite seguido por la amparista y la autoridad impugnada se llevó a cabo con apego a la citada Ley y al Reglamento¹⁵¹ [...] (Énfasis añadido).

124. En otras palabras, la Corte de Constitucionalidad llegó a la conclusión de que la CNEE había cumplido correctamente el proceso de revisión tarifaria y que tanto la Resolución 144-2008 como la Resolución 3121¹⁵² habían sido dictadas con arreglo a la LGE y al Reglamento.
125. Conforme al principio internacional esbozado anteriormente, procede inferir que el Tribunal no debería haber resuelto cuestiones que ya habían sido determinadas en las dos sentencias mencionadas de la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, según lo admitido por el propio Tribunal, la controversia presentada por TGH giraba en torno a *“una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del*

149 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-32.

150 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 33-34.

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

152 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 20; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 28, 31-32.

Marco Regulatorio [...]”¹⁵³; a si “la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del Marco Regulatorio”¹⁵⁴ y a “si el Marco Regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio”¹⁵⁵. Estas cuestiones, que fueron las sometidas a la consideración del Tribunal, habían sido dirimidas mediante las sentencias de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 y el 24 de febrero de 2010. En lo que respecta al fondo, y pese a las claras manifestaciones vertidas en ambas decisiones de la Corte de Constitucionalidad en el sentido de que el procedimiento mediante el cual se establecieron las tarifas se desarrolló con apego a la ley, el Tribunal concluyó que ese no había sido el caso.

126. En el Laudo se sostuvo que se había producido un incumplimiento del Marco Regulatorio. Específicamente, se determinó que la Resolución 144-2008 era ilegal:

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el Marco Regulatorio. Al desconocer el estudio del distribuidor porque había omitido incorporar la totalidad de las observaciones que la CNEE había realizado en abril de 2008, sin tomar en cuenta las conclusiones de la Comisión Pericial ni hacer referencia a ellas, la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria¹⁵⁶.

127. Como ya se mencionó¹⁵⁷, en su decisión sobre el fondo el Tribunal desestimó los reclamos referidos a la modificación del Marco Regulatorio y a las expectativas legítimas, como así también otras tantas alegaciones de TGH. La decisión del Tribunal de que Guatemala violó el estándar mínimo internacional previsto en el Tratado se fundó exclusivamente en la Resolución 144-2008:

El Tribunal Arbitral no está de acuerdo con la Demandada por los motivos que se explicarán más adelante. En opinión del

153 Laudo, párr. 489.

154 Laudo, párr. 481.

155 Laudo, párr. 534.

156 Laudo, párr. 681.

157 Ver párrs. 60-62.

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

Al hacerlo, la CNEE incumplió, de hecho, los dos principios fundamentales sobre los cuales se fundaba el Marco Regulatorio de la revisión tarifaria¹⁵⁸ [...].

128. Sin embargo, la Resolución 144-2008 y su compatibilidad con el Marco Regulatorio habían sido precisamente el objeto de la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el día 18 de noviembre de 2009. ¿Cómo pudo el Tribunal no revisar dicha decisión al determinar exactamente lo contrario, esto es, que la Resolución, en realidad, violaba el Marco Regulatorio?
129. Por supuesto que no pudo. El Tribunal efectivamente revisó y revocó estas decisiones judiciales. El Tribunal no sólo arribó a conclusiones diametralmente opuestas a las incluidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, a pesar de alegar que su tarea “*no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno*”¹⁵⁹. El Tribunal también adhirió al voto disidente de la Magistrada Chacón de la Corte de Constitucionalidad expresado en la decisión del 18 de noviembre de 2009¹⁶⁰.
130. En particular, el Tribunal llegó a varias conclusiones en lo atinente a “*la interpretación del marco regulatorio*”¹⁶¹, todas las cuales condicen con la motivación del voto disidente de la Magistrada Chacón.
131. La primera conclusión del Tribunal fue que en virtud del artículo 98 del Reglamento, la CNEE tenía la facultad de apartarse del estudio del distribuidor únicamente en dos situaciones específicas:

158 Laudo, párrs. 664-665.

159 Laudo, párr. 477.

160 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Voto Disidente de la Magistrada Gladys Chacón Corado, págs. N.º 001603-001604.

161 Laudo, párr. 666.

Primero, el Tribunal Arbitral concluyó que, de acuerdo con el artículo 98 del RLGE, el regulador tiene derecho a fijar las tarifas sobre la base de su propio estudio del VAD solo en dos circunstancias específicas, a saber, cuando el distribuidor no presenta su propio estudio y cuando el distribuidor no corrige el estudio en función de las observaciones realizadas por el regulador¹⁶². (Énfasis añadido).

132. Esta fue exactamente la conclusión de la Magistrada Chacón en su voto disidente:

[L]a actitud que con posterioridad asumió la autoridad impugnada, al utilizar un estudio tarifario independiente, mediante la emisión del acto reclamado, para que éste sirviera de base para emitir los pliegos tarifarios, constituye un acto que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica no podía realizar al amparo del artículo 98 reglamentario relacionado, ya que éste claramente establece que dicha facultad le asiste a la Comisión únicamente en dos supuestos: a) cuando el distribuidor no presentare los estudios tarifarios; o b) cuando el distribuidor no presentare las correcciones a los mismos¹⁶³. (Énfasis añadido).

133. La segunda conclusión del Tribunal fue que el distribuidor no estaba obligado a implementar todas las observaciones de la Comisión Pericial en su estudio:

De lo anterior se entiende que el distribuidor no podía tener la obligación de incorporar a su informe del VAD correcciones sobre las cuales se había planteado una discrepancia adecuadamente a la Comisión Pericial¹⁶⁴ [...] (Énfasis añadido).

[D]ebido a que el Marco Regulatorio establece que una comisión pericial neutral se pronunciará en caso de desacuerdo sobre las observaciones del regulador, el artículo 98 del RLGE solo obliga al distribuidor a hacer correcciones en función de las observaciones sobre las que i) no hay desacuerdo o, ii) en caso de desacuerdo, la Comisión Pericial se pronunció a favor del regulador [...] ¹⁶⁵. (Énfasis añadido).

162 Laudo, párr. 667. *Ver también* *Ibíd.*, párr. 526.

163 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Voto Disidente de la Magistrada Gladys Chacón Corado, pág. N.º 001604, Sección (c).

164 Laudo, párr. 577. *Ver también* *Ibíd.*, párr. 578.

165 Laudo, párr. 668.

134. Una vez más, cabe destacar la similitud entre la conclusión precedente del Laudo y la conclusión respectiva en el voto disidente:

[L]a Comisión Nacional de Energía Eléctrica emitió una resolución, al momento de llamar a la conformación de una Comisión Pericial, que reconocía expresamente que existían correcciones que no fueron atendidas por parte de la distribuidora, pero esta actitud se enmarca dentro del derecho de ésta, ya que si estuviere obligada a realizar la totalidad de las observaciones haría imposible que surgieran discrepancias al tenor de lo establecido por el Artículo 75 de la Ley General de Electricidad [...] ¹⁶⁶. (Énfasis añadido).

135. El Tribunal busca diferenciar su decisión de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Afirma que la Corte no analizó si la CNEE debía expresar los motivos en los que se fundaron las decisiones contenidas en la Resolución 144-2008, de conformidad con lo previsto en el Marco Regulatorio:

En efecto, es cierto que los tribunales guatemaltecos han resuelto algunas de las cuestiones en disputa sobre la interpretación del Marco Regulatorio de Guatemala y la regularidad de algunas de las decisiones de la CNEE en el marco de dicha legislación. También es cierto que el Tribunal Arbitral deberá aplicar el derecho guatemalteco a algunos de los aspectos regulatorios de la controversia y que, al hacerlo, probablemente deba acatar las decisiones adoptadas por los tribunales de Guatemala cuando esos aspectos de la controversia están sujetos al derecho de ese país ¹⁶⁷ [...]

La labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno ¹⁶⁸ [...]

Como se verá en otras secciones del presente laudo, la Corte de Constitucionalidad tampoco decidió si, a pesar de que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, la CNEE tenía la obligación de considerarlo y justificar toda decisión de

166 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, Voto Disidente de la Magistrada Gladys Chacón Corado, p. N.º 001604, Sección (d).

167 Laudo, párr. 474.

168 Laudo, párr. 477

no tenerlo en cuenta. En consecuencia, dicha cuestión será decidida por el Tribunal Arbitral¹⁶⁹. (Énfasis añadido).

136. El Tribunal entonces fundó su decisión en la omitida expresión por parte de la CNEE de los motivos por los cuales se apartó de la opinión de la Comisión Pericial y aprobó el estudio de Sigla:

[L]a CNEE, al adoptar la resolución 144-2008, al desconocer sin motivos el informe de la Comisión Pericial y al imponer unilateralmente una tarifa basada en los cálculos del VAD de su propia consultora, actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias¹⁷⁰.

[...] el regulador [debe expresar] razones válidas para apartarse de las decisiones de los peritos¹⁷¹. (Énfasis añadido).

Por último, el Tribunal Arbitral concluyó que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no son técnicamente vinculantes en el sentido de que la Comisión Pericial no cuenta con poder de decisión, el regulador tenía la obligación de considerarlas seriamente y de proveer razones en el caso que decidiera apartarse de ellas¹⁷². (Énfasis añadido).

137. Pero se trata de una diferenciación falsa. La Corte de Constitucionalidad indagó sobre la total compatibilidad de la Resolución 144-2008 con el Marco Regulatorio y confirmó dicha Resolución. Al decidir que el Marco Regulatorio prevé un requisito adicional en cuanto al grado de razonamiento o motivación que las decisiones de la CNEE deben cumplir, y que la Resolución 144-2008 obvió tal requisito, el Tribunal adoptó una interpretación diferente del Marco Regulatorio, lo cual necesariamente implica una revisión de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Ello importa criticar a la Corte por haber omitido nada menos que lo que el Tribunal califica como un principio “*fundamental*” del Marco Regulatorio. El resultado difícilmente podría ser más divergente: para la Corte, la Resolución 144-2008 fue lícita; para el Tribunal, no solo fue

169 Laudo, párr. 545.

170 Laudo, párr. 664. *Ver también Ibid.*, párrs. 669-670.

171 Laudo, párr. 668.

172 Laudo, párr. 670.

ilegal sino que también se contrapuso a “*principios fundamentales*” del Marco Regulatorio.

138. En consecuencia, el Tribunal revisó y revocó las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Lo hizo adoptando, en gran medida, la opinión de la Magistrada disidente de la Corte volcada en la decisión del 18 de noviembre de 2009.
139. Cabe mencionar que en la parte pertinente del escrito de demanda de EEGSA presentado en el procedimiento que dio lugar a la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 18 de noviembre de 2009 se manifestaba lo siguiente:

Si la Comisión Nacional de Energía Eléctrica no aceptara, como vinculante, lo decidido por la Comisión Pericial, y aún así, contra lo resuelto por esta última, dicha Comisión incluye sus observaciones en la aprobación final del estudio tarifario, entonces: ¿qué sentido tiene¹⁷³ que el legislador haya regulado la Comisión y la distribuidora deban someter las discrepancias al conocimiento y decisión de una Comisión Pericial?¹⁷⁴ (Énfasis añadido)

140. Los argumentos de EEGSA fueron rechazados por la Corte de Constitucionalidad. No obstante, el Tribunal los aceptó:

[N]o tendría sentido¹⁷⁵ que en el Marco Regulatorio se estableciera un proceso por el cual el distribuidor debiera presentar un estudio del VAD, el regulador debiera formular comentarios sobre dicho estudio y una comisión pericial neutral debiera pronunciarse en caso de desacuerdo si el regulador tuviera discreción para no tomar en cuenta el estudio del distribuidor¹⁷⁶.

141. Por ende, es evidente que el Tribunal revisó y revocó las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Al hacerlo, el Tribunal “[...] *empañ[ó] la distinción necesaria entre la jerarquía de instancias dentro del sistema judicial nacional y la función de los tribunales internacionales [...]*” e incumplió el principio básico del

¹⁷³ Amparo de EEGSA contra la Resolución CNEE-144-2008, **Anexo R-185**, pág. 5.

¹⁷⁴ Amparo de EEGSA contra la Resolución CNEE-144-2008, **Anexo R-185**, pág. 5.

¹⁷⁵ Laudo, párr. 529.

¹⁷⁶ Laudo, párr. 529.

derecho internacional descrito anteriormente en el sentido de que “*los tribunales arbitrales no pueden ‘ponerse en la piel de tribunales internacionales de apelación’*”¹⁷⁷ y tampoco operan “[...] *como máximo tribunal de apelación que revisa la idoneidad de las decisiones de las cortes supremas nacionales*”¹⁷⁸.

142. Por lo tanto, queda claro que el Tribunal se extralimitó en sus facultades. Como el mismo Tribunal lo reconoció, no podía ignorar las decisiones judiciales nacionales sobre cuestiones de derecho interno. El Tribunal no respetó esa clara limitación a su jurisdicción al aseverar que:

En particular, si el Tribunal Arbitral concluyera (como señala el Demandante) que la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del Marco Regulatorio vigente durante el proceso de revisión tarifaria que es objeto de controversia, dicho desconocimiento supondría una violación del derecho internacional¹⁷⁹.

143. Si, como afirma el Tribunal, la discusión en el arbitraje se centraba en “*si el Marco Regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio*”¹⁸⁰, entonces el Tribunal no podía pronunciarse sobre el fondo del caso sin poner en tela de juicio las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.
144. Por consiguiente, el Tribunal claramente abusó de su poder. Si el Tribunal hubiera respetado las limitaciones a su jurisdicción, es decir, que no podía ignorar ni revisar decisiones judiciales nacionales sobre cuestiones del derecho local, no podría haber sostenido que “*si la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del Marco Regulatorio* vigente durante el proceso de revisión tarifaria que es objeto de controversia, dicho desconocimiento supondría una violación del derecho

177 *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23) Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 441, traducción libre del inglés.

178 *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23) Laudo, 8 de abril de 2013, **Anexo RL-46**, párr. 260, traducción libre del inglés.

179 Laudo, párr. 481.

180 *Ibíd.*, párr. 534.

*internacional*¹⁸¹. Eso es lo que el Tribunal dispuso y, por ende, se extralimitó en sus atribuciones.

3. El Tribunal abusó manifiestamente de su poder al omitir la aplicación del derecho internacional, que era el derecho aplicable, y al equiparar un incumplimiento del derecho interno con una violación del CAFTA-RD

145. El CAFTA-RD exige que ante cualquier reclamación presentada por un inversor en contra de un Estado miembro, “*el tribunal decid[a] las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional*”¹⁸². Tal como lo declaró el Tribunal de *MINE c. Guinea*, “*el acuerdo entre las partes sobre el derecho aplicable forma parte de su compromiso arbitral*”¹⁸³.
146. TGH fundó su reclamo en el estándar mínimo de trato contemplado en el artículo 10.5 del CAFTA-RD. En sus escritos, las Partes se explayaron sobre su visión acerca del contenido del estándar mínimo internacional¹⁸⁴. Guatemala describió detalladamente su postura sobre dicho estándar mínimo internacional y señaló qué lo diferencia del estándar autónomo de trato justo y equitativo¹⁸⁵.
147. En particular, TGH y Guatemala dedicaron un total de 447 páginas de sus escritos a este asunto¹⁸⁶. Además, ambas Partes citaron no menos de 150 fuentes jurídicas sobre el

181 Laudo, párr. 481 (énfasis añadido).

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

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

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

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

186 Memorial de la Demandante, págs. 138-170; Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, págs. 201-258; Réplica, págs. 190-235; Dúplica, págs. 41-106; Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción y Admisibilidad, págs. 7-16; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, págs. 7-124; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, págs. 98-131; Réplica de la Demandante Posterior a la Audiencia, págs. 30-98; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, págs. 48-69.

estándar mínimo internacional, principalmente jurisprudencia, aunque también incluyeron doctrina y escritos académicos.

148. Guatemala, por ejemplo, presentó los siguientes casos referidos al estándar mínimo internacional, todos los cuales confirman que, a fin de constituir una violación del estándar mínimo internacional del derecho internacional consuetudinario, la conducta del Estado debe ser extrema e intolerable:

(a) En *Myers Inc c. Canadá* se favoreció la proposición de que el estándar mínimo internacional no abarca aquellas conductas que no constituyen más que una presunta violación del derecho interno; muy por el contrario, dicho estándar le confiere al Estado un amplio margen de apreciación y asigna la tarea de subsanar meras irregularidades a los tribunales y jueces locales:

Al interpretar y aplicar el “estándar mínimo”, un tribunal interviniente en virtud del Capítulo 11 no posee un mandato abierto para cuestionar decisiones gubernamentales. [...] El recurso más común, si es que existe alguno, para subsanar errores en los gobiernos modernos se encuentra en los procesos políticos y jurídicos internos¹⁸⁷. [...] (Énfasis añadido).

(b) *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* se inclina por la proposición de que, en lo que respecta a los actos gubernamentales *ultra vires*, es necesario que medie algo más que una simple ilegalidad o falta de autoridad en los términos del derecho interno para que se configure un incumplimiento del estándar mínimo de trato¹⁸⁸;

(c) *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* adhiere a la proposición de que el umbral a traspasar a fin de que se produzca un incumplimiento del estándar mínimo de trato es elevado y debe configurarse una “*denegación notoria de justicia o una arbitrariedad manifiesta que viole los estándares internacionales aceptables*”. En el caso de irregularidades administrativas, deben haber sido “lo

187 *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, **Anexo CL-41**, párrs. 261-263, traducción libre del inglés.

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

*suficientemente graves como para contravenir aquello que resulta adecuado judicialmente*¹⁸⁹.

- (d) En *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* se adopta la proposición de que el estándar mínimo de trato se contraviene cuando una conducta resulta “*arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática [...] discriminatoria [y] si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial [...]*”¹⁹⁰. Además, también se hace lugar a la proposición de que el incumplimiento de una obligación no debe equipararse a la violación del estándar mínimo de trato, siempre y cuando no constituya un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema¹⁹¹;
- (e) En *GAMI Investments, Inc c. Estados Unidos Mexicanos* se siguió la proposición de que el incumplimiento de los objetivos establecidos en normas administrativas solo constituirá una violación del derecho internacional si configura un “*repudio evidente e injustificado*” de las normas en cuestión. Una administración deficiente no será suficiente¹⁹²;
- (f) En *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* se apoya la proposición de que a fin de determinar si un acto viola el requisito de trato justo y equitativo, un tribunal debe examinar cuidadosamente “*si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de*

189 *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párrs. 194, 195, 200.

190 *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 98.

191 *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párr. 115.

192 *GAMI Investments, Inc c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párrs. 97, 103-104.

*los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto*¹⁹³;

- (g) *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*¹⁹⁴ adhiere a la proposición de que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, solo existirá arbitrariedad cuando ésta sea manifiesta, es decir, cuando una conducta sea evidentemente injusta, o cuando de manera obvia o flagrante la medida en cuestión carezca de todo sustento legal o se hubiera adoptado en contra del debido proceso. También se adoptó la proposición de que una mera violación del derecho interno no basta para que se produzca un incumplimiento internacional. Para ello, es necesario que la conducta constituya una violación deliberada de los deberes y las obligaciones de la autoridad regulatoria o un accionar insuficiente que diste ampliamente de los estándares internacionales:

[P]ara violar el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario codificado en el Artículo 1105 del TLCAN, un acto debe ser lo suficientemente atroz y vergonzoso (una denegación notoria de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una flagrante injusticia, una ausencia total del debido proceso, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos) de modo de quedar por debajo de los estándares internacionales aceptados y constituir un incumplimiento del Artículo 1105(1). [...] un incumplimiento exige que medie algo más que una mera arbitrariedad, algo alarmante, escandaloso o que refleje una falta evidente de razonamiento. [...]

[E]n primer lugar, el Tribunal señala que no corresponde a un tribunal internacional indagar en los pormenores y las justificaciones del derecho interno. Si la Demandante, o cualquier otra parte, creyera que [la] interpretación del [funcionario público de] el estándar de perjuicio indebido fue, en verdad, incorrecta, la sede apropiada para impugnarla sería la justicia local. [...] No es función de este Tribunal, ni la de ningún tribunal internacional, reemplazar con su propia apreciación del material y la prueba de los hechos subyacentes

193 *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 296.

194 *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617, 762, 779.

la opinión de una entidad local calificada¹⁹⁵. (Énfasis añadido).

149. Todas las decisiones citadas avalan la proposición de que el estándar de trato justo y equitativo, cuando se lo interpreta de manera independiente respecto del derecho internacional consuetudinario, es más exigente para el Estado que el estándar mínimo internacional¹⁹⁶. Inversamente, el estándar mínimo internacional es menos estricto y el Estado debe cometer un acto particularmente grave para que se le conlleve su responsabilidad.
150. La postura de Guatemala también fue avalada por las detalladas presentaciones escritas de cuatro de los restantes seis Estados miembro (sin contar a Guatemala) del CAFTA-RD¹⁹⁷, incluido los Estados Unidos, el Estado de la nacionalidad de la Demandante, en las que se definió el contenido del estándar de manera restrictiva¹⁹⁸. Estados Unidos señaló en su escrito que el estándar aplicable es el estándar mínimo internacional y no el estándar autónomo de trato justo y equitativo:

Estas disposiciones demuestran la intención de los Estados Parte de que el Artículo 10.5 refleje un estándar del derecho internacional consuetudinario, es decir, la ley que se desarrolla a partir de la práctica de los Estados y el *opinio juris*, en lugar de un estándar autónomo, basado en el tratado. Si bien los Estados pueden decidir extender expresamente mediante un tratado la protección conferida bajo las nociones de “trato justo y equitativo” y de “protección y seguridad plenas” por fuera de lo exigido por el derecho internacional consuetudinario, dicha práctica no resulta relevante a la hora de precisar el contenido del estándar mínimo de trato del

195 *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617, 762, 779, traducción libre del inglés.

196 *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 296; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párr. 194.

197 Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 5 de octubre de 2012; Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, 5 de octubre de 2012; Escrito de Parte No Contendiente de los United States of America, 23 de noviembre de 2012; Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha.

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

derecho internacional consuetudinario. Las decisiones arbitrales en las que se interpretan disposiciones “autónomas” de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas de otros tratados, fuera del contexto del derecho internacional consuetudinario, no constituyen una prueba del contenido del estándar del derecho internacional consuetudinario exigido por el Artículo 10.5¹⁹⁹. (Énfasis añadido).

151. La presentación de los Estados Unidos también dejó en claro que dicho estándar protege a los inversores únicamente frente a una denegación de justicia y ante actos manifiestamente arbitrarios, y otorga un amplio margen de deferencia a las facultades regulatorias de las autoridades locales:

Los Estados pueden modificar o alterar sus reglamentaciones con el fin de alcanzar objetivos legítimos de bienestar público y no incurrirán en ninguna responsabilidad en los términos del derecho internacional consuetudinario por el mero hecho de que dichas modificaciones interfieran con las “expectativas” de un inversor sobre el estado de la regulación de un sector particular. Los actos regulatorios violan el “trato justo y equitativo” previsto por el estándar mínimo de trato cuando, por ejemplo, equivalen a una denegación de justicia, según la interpretación de dicho término en el derecho internacional consuetudinario, o configuran una arbitrariedad manifiesta que se ubica por debajo del estándar mínimo internacional.

Corresponde al demandante la carga de demostrar la existencia y aplicabilidad de una determinada obligación en el derecho internacional consuetudinario que satisface los requisitos de práctica de los Estados y *opinio juris*. Por lo tanto, “la parte que invoca una costumbre debe probar que esa costumbre se encuentra arraigada de modo tal que se haya vuelto vinculante para la otra Parte”. Una vez que un principio de derecho internacional consuetudinario se hubiera consolidado, el demandante debe demostrar que el Estado adoptó una conducta que violó dicho principio. La determinación de un incumplimiento del estándar mínimo de trato “debe efectuarse a la luz del alto grado de deferencia que el derecho internacional suele tener respecto del derecho de

199 Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párr. 4 (énfasis añadido), traducción libre del inglés.

las autoridades locales a regular distintas materias dentro de sus fronteras²⁰⁰. (Énfasis añadido.)

152. El Salvador confirmó el alcance limitado de la protección conferida por el estándar mínimo internacional:

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 arbitrarias²⁰¹. (Énfasis añadido).

153. El escrito de la República Dominicana establecía lo siguiente:

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.

200 Escrito de Parte No Contendiente de los Estados Unidos de América, 23 de noviembre de 2012, párrs. 6-7 (énfasis añadido), traducción libre del inglés.

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

[...]

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, solo las 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 inversionistas sobre el trato que espera[n] 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 inversionista²⁰² [...] (Énfasis añadido).

154. Por su parte, Honduras describió el estándar en los siguientes términos:

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 [...]

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”

202 Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, 2 de octubre de 2012, párrs. 3, 8, 10.

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. 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 trato²⁰³. (Énfasis añadido).

155. Tres de los cuatro Estados que efectuaron presentaciones escritas, Estados Unidos, El Salvador y la República Dominicana, también realizaron exposiciones orales en la audiencia y plantearon las mismas cuestiones analizadas en sus escritos²⁰⁴.
156. Las Partes también prestaron especial atención a la descripción del tipo de actos que configurarían una conducta arbitraria²⁰⁵ y del contenido de la obligación de garantizar el debido proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.5 del Acuerdo²⁰⁶. Ello incluía las presentaciones de las partes no contendientes, que también hacían referencia al contenido de los conceptos de “arbitrariedad” y “debido proceso”. Guatemala hizo

203 Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras, sin fecha, párrs. 6, 8-10.

204 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.

205 Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 525-534; Dúplica, párrs. 165-171; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 247-283; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 17-22, 126-152.

206 Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 480-486; Dúplica, párrs. 90-95; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 247-285; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 144-147.

específica alusión a la decisión seminal de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI (Estados Unidos c. Italia)* sobre la definición de “conducta arbitraria”²⁰⁷:

Más que con un desconocimiento de una norma de derecho la arbitrariedad tiene que ver con un desconocimiento del estado de derecho. Esta idea fue esbozada por la Corte en el caso *Asylum*, cuando se refirió a un “acto arbitrario” que “sustituye al estado de derecho” (*Asylum*, Sentencia, Informes C.I.J. 1950, p. 284). Consiste en un repudio deliberado del debido proceso, un acto que transgrede, o al menos trastoca, aquello que se tiene por apropiado jurídicamente²⁰⁸.

157. Pese a todo lo expuesto, el análisis del derecho internacional incluido en el Laudo es sumamente escaso, lo cual resulta llamativo, particularmente porque en el Laudo se menciona de forma reiterada el deber del Tribunal de aplicar el Tratado y el derecho internacional:

[...] si los hechos que alega el Demandante, en caso de probarse, pueden configurar un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la Demandada en el marco del CAFTA-RD²⁰⁹.

El Demandante señala, esencialmente, que Guatemala no otorgó a su inversión un trato acorde al derecho internacional consuetudinario, en particular un trato justo y equitativo²¹⁰.

[...] esta controversia consiste en determinar si la Demandada incumplió las obligaciones relacionadas con el estándar mínimo de trato. Se trata de una controversia internacional²¹¹
[...]

[...] [L]a cuestión fundamental que, en definitiva, le corresponde decidir [al Tribunal Arbitral] a partir de las pruebas es si la conducta de la Demandada constituye un

207 Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 528; Dúplica, párrs. 165-166; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párrs. 274, 277; Réplica de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 147.

208 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (EE. UU. c. Italia)* [1989] Informe CIJ 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párr. 128.

209 Laudo, párr. 444.

210 Laudo, párr. 446.

211 Laudo, párr. 467.

incumplimiento del estándar mínimo de trato en el marco del derecho internacional²¹².

[El Arbitral Tribunal] debe establecer si la conducta del regulador constituye un incumplimiento de las obligaciones del Estado relacionadas con el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario²¹³.

158. En efecto, la cuestión referida a la aplicación del derecho internacional a la controversia tuvo particular relevancia debido al crucial debate mantenido en el caso en torno a la exclusiva naturaleza de derecho interno del reclamo. De hecho, el Tribunal insistió en su deber de aplicar el derecho internacional, con el objeto de diferenciar la controversia sometida a arbitraje de la diferencia regulatoria nacional:

A fin de evaluar si es competente para dirimir la presente controversia, el Tribunal Arbitral debe determinar si los hechos que alega el Demandante, en caso de probarse, pueden configurar un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la Demandada en el marco del CAFTA-RD²¹⁴.

159. El Tribunal también fue claro en cuanto a que, además de aplicar el derecho internacional, “*es necesario definir, en principio, la norma aplicable en el marco del artículo 10.5 del CAFTA-RD*”²¹⁵.
160. Sin embargo, a pesar del hincapié del Tribunal sobre la necesidad de aplicar el derecho internacional para la resolución de la controversia, conforme lo establecido claramente en el CAFTA-RD, y pese a que estas cuestiones fueron abordadas extensamente en las presentaciones de las Partes y de las partes no contendientes, el Laudo ignora el derecho internacional casi por completo.
161. El análisis del derecho internacional del Laudo se circunscribe a cuatro párrafos de la sección sobre jurisdicción²¹⁶, en los que el Tribunal enuncia escuetamente el contenido

212 Laudo, párr. 470.

213 Laudo, párr. 517.

214 Laudo, párr. 444.

215 Laudo, párr. 447.

del estándar, en función de dos referencias a la jurisprudencia y escasas alusiones a cuatro escritos académicos:

El Tribunal Arbitral considera que el estándar mínimo de trato justo y equitativo conforme a lo establecido en el artículo 10.5 del CAFTA-RD se ve quebrantado por una conducta atribuida al Estado y resulta perjudicial para el inversor si la conducta es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica²¹⁷.

162. No se incluye ningún análisis de la profusa jurisprudencia citada por las Partes y tampoco se indaga en la diferencia entre el estándar mínimo internacional y la regla de trato justo y equitativo. Además, las presentaciones de las partes no contendientes no merecieron ninguna mención en las secciones sobre el fondo del Laudo, a excepción de una única referencia a una de esas presentaciones en una nota al pie²¹⁸.
163. En total, los párrafos del Laudo en los que se examina, en alguna medida, el derecho internacional son solo nueve²¹⁹.
164. En cambio, conceptos como los de “arbitrariedad” y “debido proceso” en el proceso regulatorio del Estado, a la luz del derecho internacional, ocuparon un lugar fundamental en el Laudo del Tribunal:

[L]a falta de debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos como el proceso de revisión tarifaria constituye un incumplimiento del estándar mínimo²²⁰. (Énfasis añadido).

En opinión del Tribunal Arbitral, no cabe duda de que, si el Demandante prueba que Guatemala actuó en forma arbitraria y desconoció total y deliberadamente el Marco Regulatorio aplicable o mostró una falta absoluta de candor o buena fe en

216 Laudo, párrs. 454-457.

217 Laudo, párr. 454.

218 Laudo párr. 621, nota al pie 513.

219 Laudo, 447.448, 454-459, 478.

220 Laudo, párr. 457.

el proceso regulatorio, dicha conducta constituiría un incumplimiento del estándar mínimo²²¹. (Énfasis añadido).

De hecho, el argumento del Demandante no se basa en la denegación de justicia ante los tribunales guatemaltecos, sino principalmente en la conducta arbitraria de la CNEE al establecer las tarifas, así como en su presunta falta de debido proceso en el procedimiento de revisión tarifaria²²². (Énfasis añadido).

En consecuencia, si bien la función de un tribunal internacional no es cuestionar ni revisar decisiones que han sido adoptadas genuinamente y de buena fe por un Estado soberano en el ejercicio de sus potestades, sí le corresponde a un tribunal arbitral internacional sancionar decisiones que impliquen abuso de autoridad, sean arbitrarias o hayan sido adoptadas con desconocimiento manifiesto de las normas legales aplicables y en violación del debido proceso en cuestiones regulatorias²²³. (Énfasis añadido).

165. Sin embargo, el Tribunal no se explaya sobre el significado ni el contenido de ninguno de esos dos conceptos, “arbitrariedad” y “debido proceso” en los términos del derecho internacional, a pesar de que son esenciales en lo que respecta a su conclusión de que Guatemala violó el Tratado:

Teco afirma que Guatemala violó su obligación de otorgarle a su inversión un trato justo y equitativo al [...] haber actuado de forma arbitraria, ilegal y de mala fe durante el procedimiento de revisión tarifaria de 2008²²⁴. (Énfasis añadido).

En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la resolución 144-2008, [...] actuó en forma arbitraria y en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias²²⁵. (Énfasis añadido).

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el Marco

221 Laudo, párr. 465.

222 Laudo, párr. 473.

223 Laudo, párr. 493.

224 Laudo, párr. 321.

225 Laudo, párr. 664.

Regulatorio. [...] [L]a CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria²²⁶. (Énfasis añadido).

El Tribunal Arbitral concluye que el incumplimiento de los dos principios fundamentales del marco regulatorio aplicables al proceso de revisión tarifaria es arbitrario y viola los principios básicos del debido proceso en cuestiones administrativas. Dicho comportamiento, por ende, constituye una violación de la obligación de Guatemala de conferir un trato justo y equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD²²⁷. (Énfasis añadido).

166. Asimismo, el Tribunal hace referencia a la noción de “abuso de poder”, juzgándola relevante a efectos de describir el fundamento de la controversia bajo análisis:

La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del marco regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria²²⁸ (Énfasis añadido).

167. Pero en el Laudo no se incluye ninguna otra referencia ni un análisis de dicha noción de abuso de poder del derecho internacional.
168. De este modo, el Tribunal omitió delimitar los conceptos del derecho internacional relevantes para su decisión. Es manifiesta la falta de un análisis del derecho internacional en el Laudo. El Tribunal directamente no aplicó el derecho internacional.
169. Esta cuestión reviste particular importancia en este caso puesto que el Tribunal insistió, al menos en teoría, en la distinción entre un incumplimiento del derecho internacional y un incumplimiento del derecho nacional. La realidad es que, en lugar de aplicar el derecho internacional, el Tribunal se circunscribió al derecho interno de Guatemala para luego equiparar una violación del derecho interno a una violación del derecho internacional. Vale decir que el Tribunal en ningún momento demostró por qué el supuesto incumplimiento del Marco Regulatorio por parte de Guatemala configuró también un incumplimiento del derecho internacional. Mientras que el análisis del

226 Laudo, párr. 681.

227 Laudo, párr. 711.

228 Laudo, párr. 489.

Marco Regulatorio figura extensamente en el Laudo, se omite aquel del derecho internacional.

170. Abundan en el Laudo los ejemplos que demuestran que el Tribunal entremezcló los conceptos de incumplimiento local e internacional como si fueran idénticos. En primer lugar, el Tribunal sostuvo que había sido llamado a resolver, según éste mismo admitió, “una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del Marco Regulatorio [...]”²²⁹; si “la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del Marco Regulatorio”²³⁰ y “si el Marco Regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio”²³¹. Como puede observarse, todas esas cuestiones se relacionaban con la legalidad de la conducta de la CNEE de conformidad con el derecho nacional; ninguna de ellas se refería al derecho internacional.

171. Luego el Tribunal concluyó que se había verificado un incumplimiento del derecho interno:

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el Marco Regulatorio. Al desconocer el estudio del distribuidor porque había omitido incorporar la totalidad de las observaciones que la CNEE había realizado en abril de 2008, sin tomar en cuenta las conclusiones de la Comisión Pericial ni hacer referencia a ellas, la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria²³². (Énfasis añadido).

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

229 Laudo, párr. 489.

230 Laudo, párr. 481.

231 Laudo, párr. 534.

232 Laudo, párr. 681.

en violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias²³³.

Al hacerlo, la CNEE incumplió, de hecho, los dos principios fundamentales sobre los cuales se fundaba el marco regulatorio de la revisión tarifaria: por un lado, el principio que indica que, salvo en contadas excepciones establecidas en la LGE y el RLGE, la tarifa debía basarse en el cálculo del VAD realizado por una consultora precalificada designada por el distribuidor; por el otro, el principio que indica que, en caso de desacuerdo entre el regulador y el distribuidor, la diferencia se resolvería teniendo en cuenta las conclusiones de una comisión pericial neutral²³⁴. (Énfasis añadido).

El Tribunal Arbitral también considera que la decisión del regulador de aplicar el estudio de su propia consultora no se ajusta al artículo 98 del RLGE²³⁵. (Énfasis añadido).

De hecho, para que la decisión del regulador se ajuste al artículo 98, debería haber dicho que el distribuidor omitió corregir su estudio de acuerdo con el pronunciamiento de la Comisión Pericial o haber explicado por qué el regulador decidió no aceptar los pronunciamientos de la Comisión Pericial²³⁶.

172. Allí concluye el análisis legal del Tribunal. El siguiente paso adoptado por el Tribunal consistió en igualar automáticamente el incumplimiento del derecho nacional que había identificado a una violación del derecho internacional, sin mayor discusión, es decir, sin demostrar cómo una circunstancia derivó en la otra:

[E]l Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo con el artículo 10.5 del CAFTA-RD, la falta de debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos como el proceso de revisión tarifaria constituye un incumplimiento del estándar mínimo. Al evaluar si ha existido dicha falta de debido proceso, es importante señalar que la administración de

233 Laudo, párr. 664.

234 Laudo, párr. 665.

235 Laudo, párr. 679. En total oposición a esta alegación, la Corte de Constitucionalidad sostuvo que “el procedimiento llevado a cabo por ambas partes hasta antes de que la autoridad impugnada dispusiera disolver la Comisión Pericial y con base en un estudio realizado de manera independiente dictara el acto reclamado, fue ceñido a lo regulado en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad”. (Énfasis añadido), **Anexo R-105**, pág. 22.

236 Laudo, párr. 680.

Guatemala no fundamentó completamente sus decisiones o no acató sus propias normas²³⁷.

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

La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del Marco Regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria²³⁸.

La cuestión aquí consiste en determinar si el Marco Regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio²³⁹.

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

173. Ninguna parte del Laudo demuestra la conexión existente entre la transgresión del derecho interno y la violación del estándar mínimo internacional. Además de hacer mención a la arbitrariedad y a la falta de debido proceso, el Laudo no analiza por qué los incumplimientos del derecho nacional se traducen en una violación de los estándares internacionales en cuestión. En pocas palabras, el Tribunal alegó aplicar el derecho internacional pero el Laudo evidencia que el único sistema jurídico aplicado fue el derecho guatemalteco. El Laudo no indica cómo un incumplimiento del derecho interno se convirtió en una violación del derecho internacional.

237 Laudo, párr. 457.

238 Laudo, párr. 489.

239 Laudo, párr. 534.

240 Laudo, párr. 682.

174. Dicha omisión en la aplicación del derecho apropiado a los hechos del caso y la confusión de un incumplimiento regulatorio con una violación del derecho internacional también constituyen un manifiesto abuso de poder por parte del Tribunal. En palabras del comité de anulación del caso *Sempra*, el tribunal “*cometió un error fundamental de identificación y aplicación del derecho aplicable*” y, por ende, “*no ha efectuado su examen sobre la base [de] la norma legal aplicable*” y “*esta no aplicación constituye una extralimitación de facultades dentro del significado del Convenio del CIADP*”.

4. Conclusión sobre el abuso de poder manifiesto del Tribunal

175. El Tribunal se extralimitó de forma evidente en sus atribuciones, básicamente debido a su falta de reconocimiento de que la controversia presentada por TGH era una controversia pura y exclusivamente fundada en el derecho interno, controversia que ya había sido resuelta por la Corte de Constitucionalidad, y no planteaba ningún reclamo genuino por incumplimiento del Tratado. Este error fundamental vicia todo el Laudo.

176. Dicho error derivó en una decisión sobre jurisdicción inapropiada en la que el Tribunal confirmó su jurisdicción sin efectuar un análisis de la disposición del Tratado por la cual se fijaban los límites de su jurisdicción *ratione materiae* (artículo 10.16 del CAFTA-RD), el sustento fundamental del reclamo o la comprobación *prima facie* del caso, y aceptó a ciegas la descripción de los hechos presentada por TGH. Una decisión sobre jurisdicción tan obviamente errónea como la analizada, en atención a la prescindencia del Tribunal de todo análisis de los asuntos relevantes, constituye un abuso manifiesto de poder.

177. Además, en razón de que TGH sometió a arbitraje la misma controversia que ya había sido ventilada en la justicia local, el Tribunal no podía pronunciarse a su favor a menos que revocara las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Eso es precisamente lo que ocurrió, pese al reconocimiento del Tribunal de que no estaba facultado para hacerlo.

178. Por último, y en consonancia con lo expuesto anteriormente, el Tribunal decidió el caso con apego al derecho guatemalteco, no al derecho internacional. Es destacable la ausencia de todo análisis del derecho internacional en el Laudo del Tribunal. En un caso

en el que la cuestión principal giraba en torno a si la controversia era nacional o internacional, era importante que el Tribunal explicara con claridad los motivos por los cuales los incumplimientos regulatorios locales alegados configuraban un incumplimiento del derecho internacional. Sin embargo, la discusión sobre derecho internacional es prácticamente nula, de modo que el Tribunal simplemente equipara el incumplimiento del derecho interno con la supuesta violación del derecho internacional. De más está decir que esto es incorrecto y constituye un manifiesto abuso de poder por no haberse aplicado el derecho pertinente.

179. El abuso manifiesto de poder del Tribunal exige la anulación del Laudo en su totalidad.

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

180. La falta de motivación de un laudo del CIADI constituye un fundamento para su anulación conforme al artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. Tanto la ausencia total de motivos²⁴¹ como una motivación insuficiente, inadecuada o contradictoria²⁴² pueden convertirse en un fundamento para la anulación por dicha causa. Un laudo debe permitirle a quien lo lea entender el camino transitado por el Tribunal desde los hechos iniciales hasta sus conclusiones²⁴³. La fundamentación del Laudo bajo análisis presenta serias omisiones y deficiencias de razonamiento y, por consiguiente, no expresa los motivos en los cuales se funda.

²⁴¹ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 126; *MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/01/7) Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-55**, párrs. 50, 78; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/07/22) Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2012, **Anexo RL-53**, párr.17.

²⁴² *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, paras 5.08-5.09; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párrs. 64-65; *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/98/4) Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002, **Anexo RL-64**, párrs. 77-78; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N.º ARB/02/7) Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007, **Anexo RL-56**, párr. 23; *CDC Group plc c. República de las Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 70; *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N.º ARB/00/6) Decisión sobre Anulación, 18 de enero de 2006, **Anexo RL-78**, párrs. 243, 260; *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, (Caso CIADI N.º ARB/99/7) Decisión sobre Solicitud de Anulación del Laudo, 1 de noviembre de 2006, **Anexo RL-79**, párrs. 21, 65.

²⁴³ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.09.

181. El primer comité de anulación en *Vivendi c. Argentina* resumió las circunstancias en las que se justificaría la anulación por esta causa:

En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) [...] [implica] que se satisfagan dos requisitos: primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas²⁴⁴.

182. En este caso, se cumplen las condiciones para la anulación del Laudo por falta de exposición de motivos. El Tribunal omitió incluir una verdadera fundamentación para la mayoría de sus conclusiones en el Laudo e incurrió en importantes contradicciones que hacen que el Laudo sea incomprensible. En las secciones que siguen analizamos el razonamiento nulo, deficiente o contradictorio del Laudo.

1. Falta de expresión de los motivos en que se funda la Decisión sobre Jurisdicción

183. Como ya se explicó, Guatemala interpuso una objeción *ratione materiae* en virtud de la cual alegó que la reclamación de TGH no calificaba como reclamo al amparo del Tratado de conformidad con lo previsto en el artículo 10.16 del CAFTA-RD, que contiene el consentimiento de Guatemala al arbitraje²⁴⁵. Guatemala expuso amplios argumentos sobre este punto en sus presentaciones²⁴⁶. No obstante, el artículo no se analiza y ni siquiera es citado en la sección sobre jurisdicción del Laudo, ni en ninguna otra parte del Laudo en la que el Tribunal analiza el reclamo.

²⁴⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **Anexo RL-50**, párrs. 64-65.

²⁴⁵ Ver párrs. 5-7; Solicitud de Anulación, Sección III.A.1.

²⁴⁶ Memorial de Objeciones y de Contestación de Demanda, párrs. 99-112.

184. En contraposición a dicha actitud, muchos tribunales han adoptado el enfoque de que es fundamental analizar la disposición del tratado que le confiere jurisdicción *ratione materiae* a un tribunal llamado a intervenir en virtud de un tratado. En *UPS c. Canadá*, el tribunal evaluó la limitación jurisdiccional muy similar del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (artículo 1116) y sostuvo que “[e]xiste una distinción, por ejemplo, entre una investidura de jurisdicción relativamente general sobre ‘controversias de inversión’ y la investidura más particularizada del artículo 1116”²⁴⁷. El tribunal de *Azinian c. México* también analizó esa limitación *ratione materiae* y señaló que “[una] autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional”²⁴⁸.
185. El tribunal de *Iberdrola c. Guatemala*, al decidir sobre hechos idénticos a los analizados en este caso, también fue claro en el sentido de que la demandante debe presentar una controversia internacional de acuerdo con el tratado relevante:

Es claro entonces que el consentimiento es el requisito fundamental para que puedan someterse a arbitraje, al amparo del Convenio del CIADI, las controversias entre un Estado contratante y un inversionista de otro Estado contratante.

Sin embargo, el Tribunal no puede limitarse a constatar que el Estado correspondiente, en este caso la República de Guatemala, haya dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, debe verificar el alcance de dicho consentimiento, es decir, si se trata de un consentimiento amplio, que incluye cualquier controversia que pudiere quedar comprendida dentro del campo de aplicación del Artículo 25 del Convenio del CIADI, o si ese consentimiento está, de alguna manera, restringido o limitado.

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

²⁴⁷ *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá* (Caso CNUDMI) Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, **Anexo RL-4**, párr. 34, traducción libre del inglés.

²⁴⁸ *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 97.

Tribunal Arbitral. Corresponde entonces a este, teniendo en cuenta la materia de la controversia planteada por el inversionista reclamante, establecer si esta queda comprendida o no dentro del consentimiento al arbitraje y, por lo tanto, si es materia acerca de la cual el Tribunal puede decidir. Para este efecto, se debe analizar el instrumento mediante el cual la República de Guatemala prestó su consentimiento al arbitraje, es decir, el Tratado²⁴⁹. (Énfasis añadido).

186. Esta no es la única omisión en la fundamentación del Tribunal. Como ya se mencionó, cuando se le presenta una objeción *ratione materiae* como la planteada por Guatemala en este procedimiento, un tribunal interviniente en el marco de un tratado debe analizar cuál es el sustento fundamental del reclamo²⁵⁰. Al hacerlo, el tribunal debe verificar si los hechos del caso, de ser probados, podrían *prima facie* dar lugar a un reclamo internacional genuino, en lugar de limitarse a traer a colación cuestiones del derecho interno²⁵¹.

187. Lejos de todo ello, el Tribunal de este caso concluye que tiene jurisdicción afirmando simplemente lo siguiente:

El Tribunal Arbitral considera que el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo, como se define en las secciones anteriores del presente laudo²⁵².

188. Las alegaciones a las que el Tribunal hacía referencia eran las meras caracterizaciones formales que TGH imprimió a sus reclamos:

En opinión del Tribunal Arbitral, no cabe duda de que, si el Demandante prueba que Guatemala actuó en forma arbitraria

249 *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI N.º ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párrs. 293-295.

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

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

252 Laudo, párr. 464.

y desconoció total y deliberadamente el Marco Regulatorio aplicable o mostró una falta absoluta de candor o buena fe en el proceso regulatorio, dicha conducta constituiría un incumplimiento del estándar mínimo²⁵³.

189. Por ende, el Tribunal decidió que poseía jurisdicción por el mero hecho de que TGH había formulado alegaciones de arbitrariedad y desconocimiento deliberado del Marco Regulatorio. El análisis referido a si los hechos alegados podían motivar reclamos creíbles en virtud de dichos conceptos, al menos *prima facie*, se omite por completo en la decisión sobre jurisdicción. Esa fundamentación era necesaria para entender la decisión sobre jurisdicción, pero se la obvió en el Laudo.
190. Por el contrario, el Tribunal se fundó exclusivamente en la caracterización que la demandante presentó de la controversia, abdicando así de su función, tal como lo describió el comité de anulación del caso *Duke c Perú*: “el tribunal debe caracterizar objetivamente tales hechos a fin de determinar finalmente si se encuentran o no dentro del alcance del consentimiento de las partes. Al efectuar la determinación, el tribunal no puede simplemente aceptar la caracterización de la demandante sin antes realizar un análisis [de los hechos en cuestión]”²⁵⁴.
191. En este caso, el fundamento principal del reclamo de TGH era la controversia referida a si la CNEE había incumplido el Marco Regulatorio por el modo en el que lo aplicó en el contexto de la revisión tarifaria de EEGSA de 2008. El Tribunal describió la controversia en los siguientes términos:

La presente disputa surge de la alegada violación, por parte de la CNEE, del Marco Regulatorio guatemalteco para la determinación de las tarifas de distribución de energía por parte de EEGSA, sociedad distribuidora de electricidad en la cual el Demandante tenía una participación indirecta²⁵⁵.

192. En otros párrafos del Laudo se incluye una descripción similar:

253 Laudo, párrs. 464-465.

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

255 Laudo, párr. 79.

La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del Marco Regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria²⁵⁶.

La cuestión aquí consiste en determinar si el Marco Regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio. Las Partes discrepan al respecto²⁵⁷.

193. Sin embargo, a fin de explicar por qué la conducta de la CNEE cuestionada por TGH podía originar un reclamo creíble de incumplimiento del Tratado, el Tribunal debía analizar el sustento fundamental del reclamo y corroborar que satisficiera el criterio de *prima facie*.
194. El Tribunal no hizo nada de eso y admitió su jurisdicción únicamente en función de las alegaciones no probadas de TGH²⁵⁸ de que la conducta de la CNEE configuraba una violación del estándar mínimo internacional de trato, sin analizar el argumento fundamental del reclamo.
195. Así, cuando el Tribunal rechazó los argumentos jurisdiccionales expuestos por Guatemala, lo hizo sin dar más motivos sustanciales que la simple y llana desestimación:

El Tribunal Arbitral no está de acuerdo con el argumento de Guatemala de que la reclamación de Tecu, a pesar de que esta última la cataloga como una violación del derecho internacional, se reduce a una controversia interna sobre la interpretación del derecho guatemalteco, que no es competencia de un tribunal internacional²⁵⁹.

196. En síntesis, el Tribunal rechazó la afirmación de Guatemala de que TGH había presentado una controversia meramente regulatoria, sin analizar el Tratado que le confería jurisdicción ni el fundamento esencial de los reclamos de TGH. El Tribunal

256 *Ibíd.*, párr. 489.

257 Laudo, párr. 534.

258 *Ver* párr. 38.

259 Laudo, párr. 466.

adoptó conclusiones pero omitió exponer los motivos que lo guiaron hacia ellas, en violación del Convenio del CIADI.

2. Falta de expresión de motivos en relación con el criterio de derecho internacional aplicable

197. El análisis del Tribunal también es claramente insuficiente en lo que respecta al criterio de derecho internacional aplicable al fondo de la controversia. Como ya se explicó²⁶⁰, el análisis efectuado por el Tribunal sobre el contenido del estándar mínimo de trato justo y equitativo se limita a una breve afirmación de que dicho estándar “*se ve quebrantado por una conducta [que] es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica*”²⁶¹. Pero no asocia los hechos a dicho criterio. Al omitirse la definición del contenido del estándar por fuera de la oración citada, es imposible para cualquier lector objetivo del Laudo comprender por qué o cómo Guatemala incumplió o no incumplió el estándar.
198. Como también se señaló anteriormente²⁶², el Tribunal no aclara si consideró, y en dicho caso, qué consideración le dio a las presentaciones de las Partes y de las partes no contendientes sobre el estándar mínimo internacional. Además, el Tribunal no define los términos “arbitrariedad” y “debido proceso” en el proceso regulatorio del Estado, los cuales, como pudo verse, fueron cruciales en la decisión del Tribunal. Ambos conceptos se repiten a lo largo del Laudo:

Teco afirma que Guatemala violó su obligación de otorgarle a su inversión un trato justo y equitativo al [...] haber actuado de forma arbitraria, ilegal y de mala fe durante el procedimiento de revisión tarifaria de 2008²⁶³. (Énfasis añadido).

En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la resolución 144-2008, [...] actuó en forma arbitraria y en

260 Ver párr. 59 y sección IV.A.1.

261 Laudo, párr. 454.

262 Ver párrs. 160, 162.

263 Laudo, párr. 321.

violación de los principios fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias²⁶⁴. (Énfasis añadido).

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el Marco Regulatorio. [...] [L]a CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria²⁶⁵. (Énfasis añadido).

El Tribunal Arbitral concluye que el incumplimiento de los dos principios fundamentales del marco regulatorio aplicables al proceso de revisión tarifaria es arbitrario y viola los principios básicos del debido proceso en cuestiones administrativas. Dicho comportamiento, por ende, constituye una violación de la obligación de Guatemala de conferir un trato justo y equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD²⁶⁶. (Énfasis añadido).

199. Pero en ninguna parte del Laudo se incluye un análisis de los términos “arbitrariedad” o “debido proceso” en el derecho internacional. El Tribunal tampoco explicó de qué modo los hechos de este caso podrían caracterizarse como arbitrarios o faltos del debido proceso.
200. Por ejemplo, el Tribunal ni siquiera se refiere a la ya clásica definición de arbitrariedad de la Corte Internacional de Justicia en *ELSI*, un caso citado por Guatemala en este Procedimiento de Arbitraje:

Más que con un desconocimiento de una norma de derecho la arbitrariedad tiene que ver con un desconocimiento del estado de derecho [...] ²⁶⁷.

Por lo tanto, la orden del Alcalde se dictó conscientemente en el contexto de un sistema jurídico vigente y de recursos apropiados de apelación, y así fue considerada por la

²⁶⁴ Laudo, párr. 664.

²⁶⁵ Laudo, párr. 681.

²⁶⁶ Laudo, párr. 711.

²⁶⁷ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* Sentencia, Informes CIJ, 1989, p. 15, **Anexo RL-1**, párr. 128, traducción libre del inglés.

autoridad administrativa superior y los tribunales locales.
Estos no son en absoluto los signos de un acto “arbitrario”²⁶⁸.

201. La arbitrariedad no es un concepto que pueda asumirse livianamente. En sus presentaciones, los Estados miembro del CAFTA-RD hicieron hincapié en este punto²⁶⁹. La arbitrariedad, según la explicación ofrecida en la decisión del caso *ELSI*, alude a actos que no solo atentan contra el derecho nacional sino que también dan cuenta de un repudio a principios del estado de derecho; en otras palabras, el principio de que todas las autoridades públicas se encuentran sujetas al estado de derecho. No habrá arbitrariedad cuando un acto, por más censurable que sea, haya sido adoptado en función de un sistema jurídico vigente en el que se prevén recursos judiciales adecuados.
202. La falta de definición y análisis del criterio aplicable en el derecho internacional invade al Laudo en su totalidad. Por ejemplo, el Tribunal no define por qué el comportamiento de la CNEE, aun cuando haya sido contrario al Marco Regulatorio (por ejemplo, por no haber contado la Resolución 144-2008 con una motivación suficiente, lo cual constituye el fundamento de la decisión del Tribunal), resultó además arbitrario conforme lo previsto por el derecho internacional. Dicho análisis, elemental para comprender la decisión del Tribunal, no figura en ninguna parte. El Tribunal simplemente llegó a la conclusión de que hubo arbitrariedad, sin definir el estándar de arbitrariedad recogido por el derecho internacional y, en consecuencia, sin aplicar el derecho internacional a los hechos.
203. En resumen, el Tribunal incurrió en serias omisiones y equivocaciones en su fundamentación también en relación con la decisión sobre el fondo. No definió el criterio de derecho internacional aplicable y, por ende, tampoco precisó cómo dicho

268 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* Sentencia, Informes CIJ, 1989, p. 15, **Anexo RL-1**, párr. 129, traducción libre del inglés.

269 Por ejemplo, la República Dominicana manifestó que el nivel mínimo de trato se vería violado por “*una manifiesta arbitrariedad, o una arbitrariedad inconsistente que sea cuestionado en lo relativo a las políticas judiciales y administrativas, así como los procedimientos, de modo que constituya un rechazo del objetivo y propósito de la política, entre otros*” y que, a fin de que medie una violación de dicho estándar del DR-CAFTA, “*solo las conductas manifiestamente arbitrarias, de repudio flagrante y conductas muy graves pueden ser reclamadas [...] y no solo el simple incumplimiento o la simple arbitrariedad*”. (Escrito de Parte No Contendiente de la República Dominicana, párrs. 6 y 8). La República de El Salvador señaló, por su parte, que la práctica de los Estados no había demostrado que una “*conducta meramente arbitraria constituye un incumplimiento del Nivel Mínimo de Trato*” (Escrito de Parte No Contendiente de la República de El Salvador, párr. 15).

criterio se aplica a los hechos del caso. Por lo tanto, el Laudo no expone los motivos en los que el Tribunal fundó su decisión.

3. La manifiesta contradicción referida a la posibilidad de revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad

204. Como ya se mencionó²⁷⁰, el supremo tribunal de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, determinó que la CNEE no había violado el Marco Regulatorio²⁷¹.
205. En su decisión del 18 de noviembre de 2009²⁷² referida a la Resolución 144-2008²⁷³, la Corte de Constitucionalidad concluyó que la CNEE actuó dentro del alcance de su jurisdicción y que “siguió el proceso regulado por ley”²⁷⁴. Asimismo, sostuvo que el informe elaborado por la Comisión Pericial no era vinculante, que dicho informe no le exigía a la CNEE que adoptara un estudio corregido de Bates White para establecer la tarifa y que, en lugar de ello, podía usar el estudio de Sigla para tal fin.
206. En su decisión del 24 de febrero de 2010²⁷⁵ la Corte de Constitucionalidad arribó a la conclusión de que la Resolución 144-2008 se había dictado conforme a derecho²⁷⁶ y que la Comisión Pericial elaboró un informe sin carácter vinculante y se había disuelto legalmente tras emitir su informe²⁷⁷.
207. Por lo tanto, la Corte de Constitucionalidad había evaluado todos los aspectos de la conducta regulatoria de la CNEE y su compatibilidad con el derecho guatemalteco. Además, el Tribunal reconoció en su Laudo que “[l]a labor del Tribunal no es ni puede

²⁷⁰ Ver párrs. 47-49 y sección IV.A.2.

²⁷¹ Ver párrs. 47-49.

²⁷² Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**.

²⁷³ Resolución 144-2008 de la CNEE, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

²⁷⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 31.

²⁷⁵ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**.

²⁷⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 27-28.

²⁷⁷ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 32 (énfasis añadido).

ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno²⁷⁸.

208. A pesar de eso, el Tribunal luego aseveró lo siguiente:

[E]l Tribunal Arbitral considera que la inobservancia deliberada de los principios fundamentales en los que se basa el Marco Regulatorio [...] constituiría un incumplimiento del estándar mínimo²⁷⁹.

209. Ello constituye una evidente contradicción con la afirmación de que el Tribunal no podía revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad: ¿cómo podría el Tribunal considerar si “la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del Marco Regulatorio”²⁸⁰ sin revisar las decisiones de la Corte de Constitucionalidad por las que ya se había descartado tal desconocimiento? La contradicción es manifiesta.

210. La contradicción continúa en todo el Laudo. La decisión del Tribunal sobre el fondo se basa en la Resolución 144-2008 de la CNEE. El Tribunal reconoció que la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 resolvió la diferencia suscitada en torno a dicha Resolución: “el 18 de noviembre de 2009, la Corte de Constitucionalidad, mediante una decisión por mayoría, revocó la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, poniendo fin al planteamiento judicial contra la Resolución 144-2008”²⁸¹. Sin embargo, pese a ello y a la prohibición autoproclamada en contra de la revisión de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, el Tribunal declaró a Guatemala responsable precisamente porque, según su entender, la Resolución 144-2008 contravenía el Marco Regulatorio:

En opinión del Tribunal Arbitral, la CNEE, al adoptar la resolución 144-2008, al desconocer sin motivos el informe de la Comisión Pericial y al imponer unilateralmente una tarifa basada en los cálculos del VAD de su propia consultora, actuó en forma arbitraria y en violación de los principios

278 Laudo, párr. 477 (énfasis añadido).

279 Laudo, párrs. 458.

280 Laudo, párr. 481.

281 Laudo, párr. 233.

fundamentales del debido proceso en cuestiones regulatorias²⁸² [...] (Énfasis añadido).

211. Entonces, el Tribunal también concluyó que las decisiones administrativas de Guatemala no se adoptaron de conformidad con la ley y revirtió así otras conclusiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala:

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

De hecho, para que la decisión del regulador se ajuste al artículo 98, debería haber dicho que el distribuidor omitió corregir su estudio de acuerdo con el pronunciamiento de la Comisión Pericial o haber explicado por qué el regulador decidió no aceptar los pronunciamientos de la Comisión Pericial²⁸³.

212. Por consiguiente, la incoherencia del Laudo es patente. Por un lado, se afirma que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad no pueden revisarse, pero luego se condena a Guatemala por una Resolución de la CNEE (Resolución 144-2008) que la Corte expresamente declaró que cumplía con el Marco Regulatorio. El resultado es que el Laudo es visiblemente contradictorio, y ello configura una falta de razonamiento y una omisión en la exposición de motivos.

4. La falta de fundamentación y la manifiesta contradicción referidas a la decisión sobre daños por pérdidas históricas

213. La decisión según la cual los actos de Guatemala violaron su obligación de conferir un trato justo y equitativo se funda en la Resolución 144-2008, en la cual la CNEE consideró que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, rechazó el estudio de Bates White y resolvió utilizar el estudio de Sigla para establecer las tarifas²⁸⁴.

282 Laudo, párr. 664.

283 Laudo, párrs. 679-680.

284 Laudo, párr. 711.

214. El Tribunal concluyó que el incumplimiento en realidad no residía en el hecho de que la CNEE había tomado esas decisiones, sino en que la CNEE no había expresado motivos suficientes en sustento de sus determinaciones. En palabras del Tribunal:

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

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

[...]

La CNEE, luego de recibir el informe de la Comisión Pericial, lo debería haber analizado y debería haber tomado en cuenta sus conclusiones al determinar la tarifa sobre la base del estudio del VAD de Bates White, a menos que hubiera tenido una justa razón para considerar que dichas conclusiones no se ajustaban al Marco Regulatorio, en cuyo caso tenía la obligación de expresar fundamentos válidos en tal sentido. No obstante, no se ofrecieron dichos fundamentos²⁸⁵. (Énfasis añadido).

215. A criterio del Tribunal, la CNEE debería haber ofrecido más explicaciones sobre los motivos por los cuales no podía dársele mayor consideración al informe de la Comisión Pericial, especialmente para corregir el estudio de Bates White en lugar de utilizar el estudio de Sigla.
216. No obstante, el Tribunal concluyó que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante²⁸⁶, de lo que se deduce que la CNEE no tenía ninguna obligación de aceptar el informe de la Comisión Pericial ni el estudio de Bates White corregido en julio de 2008 supuestamente para incorporar (unilateralmente) el informe de la Comisión Pericial, es decir, el Estudio de Bates White de julio de 2008.

285 Laudo, párrs. 664, 665 y 683.

286 Laudo, párr. 565

217. Al Tribunal solo parecía preocuparle el hecho de que la CNEE no había analizado lo suficiente el informe de la Comisión Pericial antes de adoptar su decisión, particularmente porque, desde el punto de vista del Tribunal, la CNEE había omitido exponer los motivos por los cuales tomó su decisión²⁸⁷.

El Tribunal Arbitral considera que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes en el sentido de que esta no tenía poder de decisión, la CNEE estaba obligada por el marco regulatorio a considerarlas seriamente y a presentar razones válidas en el caso de que decidiera apartarse de ellas²⁸⁸. (Énfasis añadido).

218. Dicho de otro modo, si la CNEE le hubiera prestado suficiente atención al informe de la Comisión Pericial y hubiera dado motivos suficientes para apartarse de él y del estudio de Bates White y adoptar el estudio de Sigla, no se habría verificado un incumplimiento del Tratado. Ello es así porque, según lo confirmado por el Tribunal, no se establecía ninguna obligación absoluta en el Marco Regulatorio en el sentido de que la CNEE debiera adherir al informe de la Comisión Pericial, y mucho menos al estudio de Bates White, que representaba la interpretación unilateral de una parte de las conclusiones de la Comisión Pericial.
219. Sin embargo, en la sección sobre daños del Laudo, el Tribunal contradice tal decisión. El Tribunal determina las pérdidas históricas compensables de TGH mediante el cálculo de los ingresos netos que EEGSA perdió por el hecho de que la CNEE utilizó el estudio de Sigla en lugar del Estudio de Bates White del 28 de julio de 2008, en el que supuestamente se incorporaban los pronunciamientos de la Comisión Pericial para la fijación de las tarifas²⁸⁹:

La suma de dichas pérdidas debe cuantificarse en el escenario contrafáctico discutido por las Partes, sobre la base de cuáles hubieran sido las tarifas si [la] CNEE hubiese cumplido el Marco Regulatorio. Tal como se dijo más arriba en el párrafo 728, dicho cálculo se realiza adecuadamente en base al estudio de Bates White del 28 de julio de 2008. El Tribunal Arbitral

287 Laudo, párr. 683

288 Laudo, párr. 565

289 Laudo, párrs. 728, 742

ha aceptado la postura del Demandante sobre las tres cuestiones en disputa (VNR, FRC, gastos de capital). En consecuencia, el Tribunal Arbitral acepta el reclamo del Demandante referido a las pérdidas históricas que ascienden a US\$21.100.552²⁹⁰.

220. Este razonamiento entra en clara contradicción con la decisión sobre el fondo. En reiteradas ocasiones a lo largo del Laudo, el Tribunal señala que la CNEE no estaba obligada por el informe de la Comisión Pericial ni por el estudio de Bates White²⁹¹, pese a lo cual los daños se calculan en función de la presunción contraria de que el informe y el estudio mencionados eran completamente vinculantes. Ello básicamente implica que Guatemala debe afrontar las consecuencias de una conducta que se determinó que no resultaba violatoria del Tratado. En otras palabras, en atención a la conclusión alcanzada en cuanto a la responsabilidad, el Tribunal jamás podría haber cuantificado los daños sobre la base de un estudio tarifario, el de Bates White, que él mismo dispuso que no era vinculante. Se produce una contradicción palmaria.
221. Se trata de un salto lógico importante en el razonamiento del Tribunal que resulta inexcusable. La situación es similar a la que se produjo en el caso *Pey Casado c. Chile*, en el que el comité anuló el laudo por su fundamentación contradictoria y la omisión en la exposición de motivos. El error del tribunal consistió en que aceptó el cálculo de daños en función del reclamo por expropiación y, al mismo tiempo, rechazó el reclamo por expropiación por cuanto “*excedía el alcance temporal del TBI*”²⁹². Según el comité:

La utilización del Tribunal del cálculo de daños por expropiación es manifiestamente incoherente con su decisión unos párrafos antes de que dicho cálculo de daños por expropiación es irrelevante y que todas las pruebas y

290 Laudo, párr. 742

291 Laudo, párrs. 531, 533, 542, 545, 563, 565, 588

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

presentaciones relativas a él no podían ser tenidas en cuenta²⁹³.

222. Esto es completamente aplicable en este caso: existe una obvia incoherencia entre la decisión sobre el fondo del reclamo de TGH y la decisión sobre compensación.
223. El comité de anulación de *MINE c. Guinea* también dejó en claro que “*el requisito de que un laudo debe ser fundamentado implica que debe permitirle al lector seguir el razonamiento del tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho*”²⁹⁴. En el caso que nos ocupa, ningún lector puede entender por qué el Tribunal calculó los daños en función de un estudio tarifario, el de Bates White, que la CNEE jamás tuvo la obligación absoluta de aplicar a fin de establecer la tarifas.
224. Esta contradicción e incoherencia patentes constituyen una omisión en la exposición de motivos que impone la anulación de la decisión del Tribunal sobre daños.

5. Falta de expresión de motivos en relación con la decisión sobre costos

225. De conformidad con el artículo 61(2) del Convenio del CIADI y la Regla 28(1), el Tribunal tenía la facultad de determinar los costos del arbitraje y su distribución entre las partes.
226. Sin embargo, es imposible comprender el razonamiento del Tribunal en lo que respecta a los costos. En primer lugar, TGH manifestó que los costos en los que había incurrido en el arbitraje, un procedimiento breve (de alrededor de 2 años y medio desde el inicio hasta los escritos posteriores a la audiencia) sin bifurcación de cuestiones jurisdiccionales, ascendían a un monto superior a los US\$10 millones. El Tribunal, sin que mediara ninguna explicación, sostuvo que dichos costos estaban “*justificados*” y eran “*adecuados*”²⁹⁵. No hizo ni el más mínimo intento de tomar como obvia referencia y medida de razonabilidad los costos legales de Guatemala, que eran inferiores por

²⁹³ *Victor Pey Casado and Foundation “Presidente Allende” v Chile* (Caso CIADI N.º ARB/98/2) Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República de Chile, 18 de diciembre de 2012, **Anexo RL-80**, párr. 285.

²⁹⁴ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N.º ARB/84/4) Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989, **Anexo RL-47**, párr. 5.08, traducción libre del inglés.

²⁹⁵ Laudo, párr. 775.

aproximadamente un 50 por ciento, a pesar de que Guatemala había conformado un equipo legal similar de abogados locales e internacionales.

227. En segundo lugar, el Tribunal le ordenó a Guatemala que pagara el 75 por ciento de dichos costos. Sin embargo, en la práctica de los arbitrajes de inversión, no es habitual que una parte sea obligada a pagar los costos de la otra parte²⁹⁶, a menos que existan “circunstancias excepcionales”²⁹⁷. Este no era un caso excepcional. No hubo ninguna conducta reprochable de Guatemala durante el procedimiento.
228. Aun y así, el Tribunal decidió que Guatemala debía pagar el 75 por ciento de los costos de TGH conforme al principio de que los costos siguen al resultado. Sin embargo, incluso si dicho principio resultara aplicable, no existe ninguna correlación posible entre tal principio y el monto de los costos que Guatemala fue condenada a pagar. TGH resultó desfavorecida en la mayoría de sus reclamos sustanciales, incluidas las reclamaciones fundadas en expectativas legítimas, modificaciones del Marco Regulatorio, represalias contra ejecutivos de EEGSA y muchas otras más²⁹⁸. TGH solo resultó victoriosa en uno de sus reclamos, entiéndase el basado en la arbitrariedad y la falta de debido proceso en lo atinente a la Resolución 144-2008 de la CNEE y, lo que es aún más importante, en cuanto refiere a los daños, TGH resultó favorecida en menos del 10 por ciento de su pretensión. Reclamaba US\$243,6 millones²⁹⁹ y obtuvo

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

²⁹⁷ En la mayoría de los casos en los que una parte fue obligada a pagar los costos de la otra parte, la decisión respondió a la conducta grave o inapropiada de la primera. Por ejemplo, *Europe Cement Investment and Trade SA c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/2) Laudo, 13 de agosto de 2009, **Anexo RL-84**, párrs. 182-186; *Phoenix Action Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI N.º ARB/06/5) Laudo, 15 de abril de 2009, **Anexo RL-85**, párrs. 148-152; *ADC Affiliate Limited. y ADC & ADMC Management Limited. c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16) Laudo, 2 de octubre de 2006, **Anexo RL-86**, párr. 537.

²⁹⁸ Laudo, párrs. 638, 650, 652, 657, 715.

²⁹⁹ Réplica, párr. 321; Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 203. Específicamente, la Demandante solicitó un monto de US\$21,1 millones en “pérdidas históricas”, esto es, por el período comprendido entre agosto de 2008, cuando se aprobó la nueva tarifa, y octubre de 2010, cuando TGH vendió su inversión; y la suma de US\$222,5 millones para el período comprendido entre esa última fecha y la finalización de la concesión (Ver Laudo, párrs. 335-336, 340).

US\$21.100.552³⁰⁰. De hecho, TGH también ha impugnado el laudo, en una clara demostración de su propia apreciación de que perdió en el arbitraje. De manera similar, el Tribunal reconoció que Guatemala había resultado ampliamente favorecida en el caso³⁰¹.

229. Por lo tanto, la asignación del 75 por ciento de los costos de TGH a Guatemala, cuando la postura de esta última sobre el fondo fue, en su mayor parte, confirmada y Guatemala logró reducir la compensación reclamada en un 90 por ciento, es totalmente incoherente con la decisión del Tribunal de aplicar el principio de que los costos siguen al hecho. No tiene ningún sentido ni a la luz de dicho principio de que los costos siguen al hecho ni bajo ningún otro principio. Una clara prueba de la desproporcionalidad de los costos impuestos a Guatemala es el hecho de que los costos que se le ordenan pagar representan alrededor del 35 por ciento de la compensación total otorgada por el Tribunal y una de las condenas en costos más altas dispuestas en contra de un estado en la historia del CIADI.
230. En síntesis, el Tribunal no explicó por qué los costos de TGH se consideraban razonables e incurrió en evidentes contradicciones e incoherencias al aplicar el principio de que los costos siguen al re. Se verifica así una omisión en la expresión de motivos que exige que la decisión del Tribunal sobre costos sea anulada.

6. Conclusión sobre la falta de expresión de motivos

231. El Tribunal omitió exponer los motivos de sus decisiones sobre jurisdicción y sobre el fondo, e incurrió en una franca contradicción consigo mismo en lo pertinente a las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Esta omisión en la expresión de motivos exige la anulación del Laudo en su totalidad.
232. En cuanto a la jurisdicción, se obviaron en el Laudo cuestiones tales como el análisis real de la objeción *ratione materiae* planteada por Guatemala, la disposición del Tratado por la que se establece tal jurisdicción, el fundamento básico del reclamo y el criterio

300 Laudo, párr. 780.

301 Laudo, párr. 778.

prima facie. La fundamentación del Tribunal es incomprensible porque parece basarse en la caracterización que TGH hace de su propio reclamo, lo cual implica que el Tribunal renunció a su función de resolución.

233. En cuanto al fondo, la ausencia de todo análisis del derecho internacional es tal que ningún lector objetivo y neutral puede entender cómo el presunto incumplimiento del derecho nacional en última instancia se convierte en una violación del derecho internacional. Además, incluso la determinación del Tribunal de que existió un incumplimiento del derecho interno es inexplicable debido a que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala había descartado la existencia de tal incumplimiento, y el Tribunal admitió que no podía revocar ni revocarías tales decisiones. La contradicción es manifiesta y otra omisión en la expresión de motivos.
234. Otra instancia de razonamiento contradictorio puede encontrarse en la manera en la que el Tribunal calculó las pérdidas históricas de TGH. Dicho cálculo se basó en la premisa de que la CNEE debería haber fijado las tarifas en función del informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White. Sin embargo, la decisión del Tribunal sobre responsabilidad excluye dicha obligación de la CNEE; el incumplimiento del Tratado radica en la omisión de la CNEE a la hora de exponer una motivación suficiente para hacer a un lado el informe de la Comisión Pericial y el estudio de Bates White. Por ende, la decisión sobre daños implica condenar a Guatemala a pagar por una conducta que el Tribunal no consideró ilícita. Esto es un absurdo y constituye una causa para la anulación por falta de expresión de motivos, que impone la anulación parcial del Laudo, específicamente en lo referido a la decisión sobre daños históricos.
235. Por último, la decisión sobre costos tampoco se encuentra fundamentada. No solo se omite el análisis de la razonabilidad de los costos de TGH sino que Guatemala es obligada a pagar el 75 por ciento de dichos costos, a pesar de que su postura resultó favorecida en la mayoría de las cuestiones sustanciales y claramente en relación con la compensación, con respecto a la cual redujo el reclamo en un 90 por ciento. Esta omisión en la exposición de motivos impone la anulación de la decisión sobre costos que forma parte del Laudo.

C. EL TRIBUNAL INCURRIÓ EN UN QUEBRANTAMIENTO GRAVE DE UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO FUNDAMENTAL

236. Un laudo puede anularse con el fundamento de que el Tribunal incurrió en un grave quebrantamiento de una regla de procedimiento fundamental. La referencia a normas procesales no debe entenderse restringida únicamente a las Reglas de Arbitraje del CIADI, sino que se extiende a normas de naturaleza fundamental, como los principios de justicia natural, que contemplan el derecho de las partes a ser oídas y contar con la misma oportunidad de exponer sus posturas³⁰².
237. La gravedad del quebrantamiento de una norma de procedimiento fundamental por parte de un Tribunal se interpretó en relación con la importancia de dicho quebrantamiento para el resultado del caso³⁰³. Así lo explicó el comité de *Wena c. Egipto*:

A fin de constituir un quebrantamiento “grave” de una norma de procedimiento fundamental, el incumplimiento de dicha norma debe haber provocado que el Tribunal alcanzara un resultado sustancialmente diferente a lo que habría dispuesto si la norma hubiera sido observada. Tal como se señaló en la Decisión del Comité *ad hoc* del caso MINE, “el quebrantamiento debe ser sustancial y llegar al punto de privar a una parte del beneficio o la protección que la norma pretendía otorgar”³⁰⁴. (Énfasis añadido).

238. En este caso, el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental al ignorar pruebas presentadas por Guatemala sobre los daños. Dichas pruebas, a juzgar por el propio razonamiento del Tribunal, habrían sido cruciales a los efectos de la decisión sobre compensación por pérdidas históricas.

³⁰² *Togo Electricité y GDF-Suez Energie Services c. República de Togo* (Caso CIADI N.º ARB/06/7) Decisión sobre Anulación, 16 de septiembre de 2011, **Anexo RL-87**, párr. 59.

³⁰³ *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. Chile* (Caso CIADI N.º ARB/98/2) Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República de Chile, 18 de diciembre de 2012, **Anexo RL-80**, párr. 76. Ver también *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N.º ARB/00/6) Decisión sobre Anulación, 18 de enero de 2006, **Anexo RL-78**, párr. 278; *CDC Group plc c. República de las Seychelles* (Caso CIADI N.º ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, **Anexo RL-58**, párr. 49; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), 1 de septiembre de 2009, **Anexo RL-59**, párr. 234; *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/01/10) Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero de 2007, **Anexo RL-88**, párr. 81.

³⁰⁴ *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/98/4) Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002, **Anexo RL-64**, párr. 58.

239. En consecuencia, el Tribunal se expidió sobre la compensación teniendo en cuenta únicamente la prueba pericial de TGH porque, en su opinión, Guatemala no había presentado un informe pericial en el que se calculara la tarifa que se habría aplicado si la CNEE hubiera adoptado íntegramente el informe de la Comisión Pericial para definir el VAD:

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

Dado que el estudio corregido por el Sr. Damonte de mayo de 2008 se aparta del pronunciamiento de la Comisión Pericial en esta cuestión importante, el Tribunal Arbitral no puede hacer referencia a su contenido para fundamentar su evaluación del escenario contrafáctico.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral procederá a trabajar sobre la base de la versión del 28 de julio de 2008 del estudio y analizará si la crítica de la Demandada a dicho estudio y el escenario contrafáctico resultante son razonables respecto de cada uno de los [tres] principales puntos de desacuerdo. [...] ³⁰⁵. (Énfasis añadido).

240. Sin embargo, eso es incorrecto. El Sr. Damonte, perito de Guatemala en el arbitraje sobre revisiones de tarifas eléctricas, en efecto presentó en sus informes periciales un escenario en el que se consideraba la aplicación de la Comisión Pericial para establecer la tarifa (incluido un asunto que fue objeto de un amplio debate como el FRC, o “factor de recuperación de capital”). Dicho estudio se incluye en los dos informes periciales de Damonte y se presenta en el Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala³⁰⁶. Siguiendo los cálculos del Sr. Damonte, el supuesto daño resultante por las pérdidas históricas se habría reducido³⁰⁷. El Tribunal omitió considerar todo esto. En lugar de ello, el Tribunal

305 Laudo, párrs. 726-728.

306 Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 188 y Tabla 5; Interrogatorio Directo de Mario Damonte, diapositiva 16, Tr. (Inglés), Día Seis, 1414:7-1415:15, Damonte; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, párr. 194.

307 Memorial de Objeciones de Jurisdicción y de Contestación de Demanda, párr. 618.

directamente aplicó los cálculos de TGH y, al hacerlo, no apreció las pruebas que se le presentaron y privó a Guatemala del debido proceso.

241. Por consiguiente, el Tribunal desestimó los argumentos y las pruebas presentados por Guatemala que guardaban relación directa con la valuación de las presuntas pérdidas históricas de TGH. Esta omisión constituye un “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento [fundamental]”, conforme lo dispuesto en el artículo 52 (1) (d) del Convenio del CIADI.

V. PETITORIO

242. Por todos los motivos expuestos, Guatemala solicita respetuosamente al Comité:
- (a) Que ANULE el Laudo en su totalidad o en cualquiera de sus partes en ejercicio de las facultades del Comité;
 - (b) Que ORDENE a TGH el pago de todos los costos de este procedimiento de anulación, incluidos los costos de la representación legal de Guatemala, con intereses.
243. Asimismo, Guatemala reitera su solicitud de suspensión de la ejecución del Laudo hasta tanto se dicte una decisión sobre anulación.

Atentamente,



Nigel Blackaby



Alejandro Arenales



Alfredo Skinner Klée



Rodolfo Salazar