

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON D.C.**

EN EL PROCESO ENTRE

**IBERDROLA ENERGÍA S.A.
DEMANDANTE**

C.

**LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
DEMANDADA**

LAUDO

CASO CIADI No. ARB/09/5

Miembros del Tribunal:

Eduardo Zuleta, Presidente
Rodrigo Oreamuno, Árbitro
Yves Derains, Árbitro

Secretaria del Tribunal: Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Representando a la Demandante

Miguel Virgós
José Miguel Fatás
Virginia Allan
Uría Menéndez
Príncipe de Vergara 187
28002 Madrid, España

Sean McCoy-Cador
Iberdrola Energía S.A.
Boulevard Manuel Ávila Camacho 24 Lomas de
Chapultepec
11000 Distrito Federal, México

Representando a la Demandada

Dr. Guillermo A. Porras
Procurador General (hasta 01/12/2011)
Dr. Larry Mark Robles Guibert
Procurador General (desde 01/12/2011)
15 Avenida 9-69 Zona 13
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Nigel Blackaby
Lluís Paradell
Noiana Marigo
Jean-Paul Dechamps
Lauren Friedman
Michelle Grando
Sebastian Yanine
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
701 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington D.C., 20004, U.S.A.

Alejandro Arenales
Alfredo Skinner-Klée
Rodolfo Salazar
Arenales & Skinner-Klée
13 calle 2-60 Zona 10, 01010
Edificio Topacio Azul, Of. 701
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Fecha de envío a las Partes: Washington, D.C., 17 de agosto de 2012

TABLA DE CONTENIDO

<i>Lista de Términos Definidos</i>	6
<i>I. Actuaciones Procesales</i>	5
1. <i>Las Partes</i>	5
<i>La Demandante</i>	5
<i>La Demandada</i>	5
2. <i>El Procedimiento</i>	6
<i>II. Antecedentes</i>	14
1. <i>Proceso de Privatización</i>	14
2. <i>Ley General de Electricidad, su Reglamento y sus Modificaciones</i>	16
3. <i>Proceso Tarifario de EEGSA 1998-2008</i>	23
4. <i>Proceso Tarifario Quinquenio 2008-2013</i>	23
5. <i>La Venta de las Acciones de DECA II</i>	35
<i>III. Posición de las Partes respecto del Proceso de Revisión Tarifaria en el Quinquenio 2008-2013</i>	36
1. <i>Introducción</i>	36
2. <i>Posibilidad de apartarse de los Términos de Referencia</i>	36
3. <i>Contratación de Sigla</i>	38
4. <i>Naturaleza vinculante o no vinculante del informe de la Comisión Pericial</i>	40
5. <i>Las Reglas de Funcionamiento de La Comisión Pericial</i>	44
6. <i>La disolución de la Comisión Pericial</i>	46
7. <i>Rechazo del estudio de Bates White y fijación de las tarifas con base en el estudio de Sigla</i>	47
8. <i>Rechazo In Limine del Recurso de Revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de las Resoluciones CNEE 144, 145 y 146 de 2008</i>	52
9. <i>Decisiones de la Corte de Constitucionalidad</i>	54
10. <i>La Fórmula del FRC</i>	55
11. <i>El cálculo del VNR</i>	59
12. <i>Las Pérdidas de Energía</i>	61
13. <i>Razonabilidad económica de las tarifas aprobadas por la CNEE</i>	63
<i>IV. Consideraciones del Tribunal respecto de la Excepción a la Jurisdicción y a la Competencia</i>	63

1. <i>Decisión sobre bifurcación del procedimiento arbitral</i>	63
2. <i>Posición de las Partes respecto de la Competencia del Tribunal</i>	64
3. <i>Análisis del Tribunal</i>	68
4. <i>Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral</i>	69
4.1 <i>Facultad del Tribunal para Decidir sobre su Propia Competencia</i>	70
4.2 <i>El Artículo 11 del Tratado</i>	70
4.3 <i>La Controversia sometida por la Demandante al Tribunal Arbitral, a la luz del Artículo 11 del Tratado</i>	76
(a) <i>La Reclamación por Expropiación</i>	77
(b) <i>Reclamación por Violación del Trato Justo y Equitativo</i>	79
(c) <i>Reclamación por Violación del Estándar de Plena Protección y Seguridad de la Inversión</i>	82
(d) <i>Reclamación por Incumplimiento de las demás Obligaciones de Protección a la Inversión de Iberdrola</i>	82
(e) <i>Conclusiones sobre las alegaciones de los estándares</i>	84
5. <i>Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral</i>	85
V. <i>La Pretensión de Denegación de Justicia</i>	92
1. <i>Análisis del Tribunal</i>	97
2. <i>Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral frente a la Reclamación sobre Denegación de Justicia</i>	98
3. <i>El estándar de Denegación de Justicia</i>	100
4. <i>Pretensión Subsidiaria de Denegación de Justicia de la Demandante</i> . 104	
4.1 <i>Vulneración por la CNEE del Debido Proceso Administrativo</i>	104
4.2 <i>El Rechazo in limine y el Acceso a la Justicia</i>	107
4.3 <i>Las Decisiones de la Corte de Constitucionalidad y la Denegación de Justicia</i>	113
(a) <i>La falta de motivación</i>	114
(b) <i>Apariencia de motivación</i>	120
VI. <i>Costos</i>	124
VII. <i>Decisión</i>	5

LISTA DE TÉRMINOS DEFINIDOS

Bates White: Bates White LLC.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Washington D.C.

CNEE: Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Contrato de Autorización: Contrato de Autorización para la distribución de electricidad en los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla del 15 de mayo de 1998.

Contrato de Compraventa: Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre DECA I y la República de Guatemala el 11 de septiembre de 1998.

Convenio del CIADI: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

DECA I: Distribución Eléctrica Centro Americana S.A.

DECA II: Distribución Eléctrica Centro Americana Dos (II) S.A.

DEOCSA: Distribuidora de Electricidad de Occidente S.A.

DEORSA: Distribuidora de Electricidad de Oriente S.A.

EDP: Electricidade de Portugal S.A.

EEGSA: Empresa Eléctrica de Guatemala S.A.

EPM: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

FRC: Factor de Recuperación de Capital.

Iberdrola: Iberdrola Energía S.A.

INDE: Instituto Nacional de Electrificación.

LGE: Ley General de Electricidad, Decreto No. 93-96 del 16 de octubre de 1996.

MEM: Ministerio de Energía y Minas.

Memorándum Informativo de Venta: Memorándum Informativo de Venta elaborado por Salomon Smith Barney, 1998.

Partes: En conjunto, la Demandante y la Demandada.

Reglamento Administrativo y Financiero: Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

Reglas de Arbitraje: Reglas de Arbitraje del CIADI.

RLGE o Reglamento: Reglamento a la LGE, Acuerdo Gubernativo Numero 256-97 del 21 de marzo de 1997.

SIGLA: Asociación formada por las consultoras Sigla S.A y Sistemas Eléctricos y Electrónicos de Potencia, Control y Comunicaciones, S.A.

SSB: Salomon Smith Barney.

Tratado: Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino de España y la República de Guatemala.

TECO: Teco Energy Inc.

Términos de Referencia para la venta de EEGSA: Términos de Referencia para la oferta pública nacional e internacional para la venta del paquete estratégico dentro del proceso de capitalización social y venta de las acciones propiedad del Estado en EEGSA, de abril de 1998.

TdR o Términos de Referencia: Términos de Referencia para la realización del Estudio del VAD para EEGSA, Resolución CNEE 13680-2007 del 30 de abril de 2007.

VAD: Valor Agregado de Distribución.

VNR: Valor Nuevo de Reemplazo.

I. ACTUACIONES PROCESALES

1. LAS PARTES

La Demandante

[1] La Demandante en este caso es Iberdrola Energía S.A., una sociedad anónima española, perteneciente al Grupo Iberdrola, constituida de conformidad con las leyes españolas y cuya sede social está en España.

[2] En este procedimiento, la Demandante está representada por:

Miguel Virgós
José Miguel Fatás
Virginia Allan
Uría Menéndez
Príncipe de Vergara 187
28002 Madrid
España

Sean McCoy-Cador
Iberdrola Energía S.A.
Boulevard Manuel Ávila Camacho 24, piso 19
Lomas de Chapultepec
11000 Distrito Federal
México

La Demandada

[3] La Demandada es la República de Guatemala.

[4] En este procedimiento, la Demandada está representada por:

Dr. Guillermo A. Porras
Procurador General (hasta 01/12/2011)
Dr. Larry Mark Robles Guibert
Procurador General (desde 01/12/2011)
15 Avenida 9-69 Zona 13
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Nigel Blackaby, Lluís Paradell, Noiana Marigo, Jean-Paul Dechamps,
Lauren Friedman, Michelle Grando y Sebastián Yanine
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
701 Pennsylvania Avenue NW
Washington, D.C. 20004, U.S.A.

Alejandro Arenales, Alfredo Skinner-Klée y Rodolfo Salazar
Arenales & Skinner-Klée
13 calle 2-60, Zona 10, 01010
Edificio Topacio Azul, of. 701
Ciudad de Guatemala, Guatemala

- [5] En la elaboración del presente Laudo, el Tribunal de Arbitraje tuvo en cuenta, analizó y evaluó todos los argumentos de las Partes, incluidas sus pretensiones y defensas, los documentos, declaraciones testimoniales, informes periciales y demás pruebas presentadas en este proceso. Al formular sus alegatos, las Partes han presentado numerosos laudos y decisiones que tratan sobre temas relevantes para esta decisión. El Tribunal considera pertinente señalar que le corresponde resolver la controversia planteada por la Demandante mediante un análisis autónomo del Tratado, el Convenio del CIADI, las Reglas de Arbitraje y los hechos particulares del presente caso. Ahora bien, esto no obsta para que el Tribunal estime conveniente tomar en cuenta las conclusiones alcanzadas por otros tribunales internacionales.¹

2. EL PROCEDIMIENTO

- [6] El 17 de abril de 2009, el CIADI registró una solicitud de arbitraje presentada por la Demandante de conformidad con el Convenio del CIADI.
- [7] Mediante comunicación del 27 de mayo de 2009, la Demandante designó a Yves Derains como árbitro. El 9 de junio del 2009, ese árbitro firmó la declaración de que trata la Regla de Arbitraje 6(2).
- [8] Mediante comunicación del 16 de junio de 2009, la Demandada designó a Rodrigo Oreamuno como árbitro. El 17 de junio del 2009, ese árbitro firmó la declaración de que trata la Regla de Arbitraje 6(2).
- [9] El 10 de julio de 2009, los árbitros designados por las Partes informaron al CIADI que habían nombrado a Eduardo Zuleta como Presidente del Tribunal. El 15 de julio de 2009, ese árbitro también firmó la declaración de que trata la Regla de Arbitraje 6(2).
- [10] El 20 de julio de 2009, el CIADI comunicó a las Partes y a los árbitros la constitución del Tribunal con Eduardo Zuleta como Presidente e Yves Derains y Rodrigo Oreamuno como coárbitros. Sergio Puig fue designado como Secretario.
- [11] El 7 de agosto de 2009, el Secretario informó a los árbitros que ambas Partes habían confirmado su acuerdo y disponibilidad para celebrar con el Tribunal la primera sesión, el 18 de septiembre de 2009, en Washington D.C.
- [12] El 9 de septiembre de 2009, las Partes presentaron al Tribunal una propuesta conjunta en relación con la agenda de la primera sesión.
- [13] La primera sesión se celebró, el 18 de septiembre de 2009, en la sede del CIADI en Washington, D.C. Según consta en la transcripción de la audiencia, que fue aceptada por ambas Partes, a la audiencia asistieron:

¹ Véase *City Oriente Limited c. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales, 19 de noviembre de 2007, párrafo 87.

a. En representación de la Demandante:

José Miguel Alcolea y Sean McCoy-Cador, de Iberdrola; Miguel Virgós, del estudio Uría Menéndez; y Juan C. Castillo, del estudio Aguilar Castillo Love.

b. En representación de la Demandada:

Guillermo A. Porras, Procurador General de Guatemala; Saul Oliva, de la Procuraduría General de Guatemala; Anibal Samayoa, Subsecretario General de la Presidencia; Carlos Colom B, Presidente de la Comisión de Energía Eléctrica; Romeo López G. y Mynor Castillo, del Ministerio de Economía; Fernando de la Cerda y José Lambour, de la Embajada de Guatemala en Washington D.C.; Alfredo Skinner-Kléé, Alejandro Arenales y Rodolfo Salazar, del estudio Arenales & Skinner-Kléé; Nigel Blackaby, Jean Paul Dechamps y Nicolás Muñoz, del estudio Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

[14] En la primera sesión:

- a. Las Partes reconocieron que el Tribunal fue debidamente constituido y manifestaron no tener objeción alguna respecto del nombramiento de los árbitros. Asimismo, confirmaron a sus apoderados y se reservaron la facultad de designar representantes o asesores legales adicionales, previa notificación de dicha designación al Secretariado del CIADI, de conformidad con la Regla de Arbitraje 18. Los apoderados confirmados fueron:

Parte Demandante:

Miguel Virgós, José Miguel Fatás y Virginia Allan, del estudio Uría Menéndez; y Sean McCoy-Cador, de Iberdrola Energía S.A.

Parte Demandada:

Guillermo A. Porras, Procurador General de Guatemala; Alejandro Arenales, Alfredo Skinner-Kléé y Rodolfo Salazar, del estudio Arenales & Skinner-Kléé; y Nigel Blackaby, Lluís Paradell y Jean Paul Dechamps, del estudio Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

- b. Las Partes expresaron su acuerdo con lo dispuesto en el Convenio del CIADI (Artículo 61), el Reglamento Administrativo y Financiero (Regla 14) y las Reglas de Arbitraje (Regla 28) sobre el prorrateo de las costas del procedimiento y los pagos anticipados al CIADI. Asimismo, acordaron sufragar en partes iguales los gastos originados por el proceso, hasta que el Tribunal dictara su decisión sobre costas.
- c. Las Partes también estuvieron de acuerdo con los derechos, honorarios y cargos del Tribunal previstos en el Convenio del CIADI (Artículo 60), el Reglamento Administrativo y Financiero (Regla 14) y en el Arancel de Derechos, Honorarios y Cargos del CIADI.
- d. Las Partes manifestaron su conformidad con conducir el arbitraje según lo dispuesto en el Convenio del CIADI y en las Reglas de Arbitraje vigentes (10 de abril de 2006), sin perjuicio de la posibilidad de que las Partes llegaran a acuerdos sobre temas puntuales.

- e. Se acordó que la sede del arbitraje sería Washington D.C., ciudad donde tendrían lugar las audiencias. Las Partes autorizaron al Tribunal para celebrar audiencias en una ubicación alternativa, previa consulta con estas. Los árbitros también fueron facultados para celebrar reuniones, sin las Partes, en cualquier lugar.
 - f. Se estableció que el laudo se consideraría dictado en Washington D.C., con independencia del lugar de su firma por los miembros del Tribunal; que el idioma del procedimiento sería el español; se establecieron reglas sobre la traducción de documentos, sobre la transcripción y grabación de las audiencias y las actas de las audiencias.
 - g. Se consintió en la aplicación de la Regla 24 del Reglamento Administrativo y Financiero, se establecieron reglas sobre el contenido, presentación y envío de los escritos de las Partes y se acordó que los tres árbitros del Tribunal debían estar presentes en las reuniones del Tribunal.
 - h. Se acordó asimismo que el Tribunal adoptaría sus decisiones por mayoría de votos y que estas serían comunicadas por escrito. Adicionalmente, se otorgó al Tribunal la facultad de tomar decisiones por correspondencia o por cualquier otro medio adecuado, siempre que se consultara a todos los árbitros.
 - i. Las Partes manifestaron su conformidad con lo previsto en las Reglas 26(1) y 26(2) de las Reglas de Arbitraje, y consintieron en que el Presidente, en consulta con los otros miembros del Tribunal, pudiera tomar decisiones respecto de la fijación de plazos.
 - j. Las Partes dispusieron que el proceso arbitral debía comprender: (i) una etapa de actuaciones escritas; y (ii) una etapa de actuaciones orales. También acordaron el orden del procedimiento escrito, las reglas aplicables a la audiencia preliminar y la forma de presentación de los testimonios e informes periciales.
 - k. Las Partes estuvieron de acuerdo en que las fechas para las sesiones posteriores fueran fijadas por el Tribunal, de conformidad con la Regla de Arbitraje 13(2).
 - l. Las Partes manifestaron su conformidad con la publicación del laudo y, si la hubiera, de la decisión sobre jurisdicción.
 - m. Las Partes acordaron que, en caso de que la Demandada opusiere excepciones a la competencia del Tribunal, este debía decidir *“oportunamente y con base en los escritos de las partes, si suspende el procedimiento sobre el fondo de la diferencia (Decisión sobre Bifurcación)”*.
 - n. Por último, se acordó el calendario procesal.
- [15] El 30 de noviembre de 2009, la Demandante presentó su Demanda o Memorial sobre el fondo de la diferencia (“Memorial”).

- [16] El 15 de diciembre de 2009, la Demandada presentó una Declaración de Intención en la que manifestó que opondría excepciones a la jurisdicción del CIADI, a la competencia del Tribunal y a la admisibilidad de la reclamación de la Demandante.
- [17] El 28 de diciembre de 2009, la Demandada solicitó la ampliación del plazo para presentar sus excepciones a la jurisdicción, que originalmente vencía el 15 de enero de 2010. En la misma fecha, la Demandante se opuso a la extensión de ese plazo. Mediante carta del 5 de enero de 2010, el Presidente comunicó la decisión del Tribunal de extender el plazo para la presentación de las excepciones de jurisdicción y admisibilidad hasta el 25 de enero de 2010.
- [18] El 25 de enero de 2010, el CIADI recibió el Memorial de Excepciones de Jurisdicción y Admisibilidad ("Memorial de Jurisdicción"), presentado por la Demandada. El 25 de febrero de 2010, el CIADI recibió el Memorial de Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad ("Memorial de Contestación de Jurisdicción"), presentado por la Demandante.
- [19] De conformidad con lo acordado en la primera sesión (párrafo 14 *m supra*), el 24 de marzo de 2010 el Tribunal dictó su Decisión sobre la Bifurcación del Procedimiento Arbitral. Entre otras cosas, el Tribunal consideró que "*[l]a discusión principal entre las Partes es si los hechos alegados por la Demandante constituyen una cuestión contractual y regulatoria o si son una violación del Tratado. Se trata de una diferencia que está íntimamente relacionada con el fondo de la diferencia, que resulta difícil desligar de tal decisión y que requiere, para resolverla, una valoración integral de los hechos y de las pruebas*". Siguiendo el mismo razonamiento, el Tribunal afirmó que "*... si admite, como lo propone Guatemala, que las objeciones racione materiae también pueden ser vistas como objeciones a la admisibilidad de la reclamación, basadas en la ausencia de fundamento válido de ese reclamo, tendría que entrar en consideraciones sobre el fondo de la demanda, para determinar si efectivamente existen tales fundamentos que sustenten la reclamación de Iberdrola*". Asimismo, el Tribunal señaló que "*... no es procedente la aplicación del llamado test prima facie invocado por la Demandante para tomar la decisión de bifurcación del procedimiento ya que éste aplica una vez que se ha decidido que las cuestiones de jurisdicción se tratarán de manera separada y previa a las cuestiones de mérito, es decir, cuando se ha resuelto bifurcar el procedimiento*". En consecuencia, el Tribunal determinó que no procedía la bifurcación del procedimiento y que decidiría las cuestiones jurisdiccionales conjuntamente con las de mérito.
- [20] El 26 de julio de 2010, la Demandada presentó su Memorial de Contestación.
- [21] El 27 de septiembre de 2010, la Demandante presentó su Réplica.
- [22] Mediante comunicación del 22 de octubre de 2010, la Demandante informó al Tribunal que Iberdrola había tomado la decisión de proceder a la completa desinversión de sus activos en Guatemala mediante su venta a un tercero, y que en consecuencia, el 21 de octubre procedió "*... junto con sus socios*

TECO y EDP, a la venta a Empresas Públicas de Medellín, E.S.P. de sus acciones en [Deca II], lo que incluye, entre otros activos, la totalidad de las acciones que dicha sociedad detentaba en [EEGSA]". Adicionalmente, la Demandante manifestó que "... la reclamación internacional formulada en este arbitraje frente a Guatemala... no ha sido transferida al comprador".

- [23] El 25 de octubre de 2010, la Demandada se refirió a la comunicación de la Demandante del 22 de octubre de 2010 y manifestó, entre otros asuntos, que se reservaba el derecho de: (i) contestar los argumentos que eventualmente presentara la Demandante sobre la venta; (ii) presentar excepciones jurisdiccionales suplementarias; y (iii) solicitar una revisión del calendario previsto para la presentación de su Dúplica.
- [24] La Demandante remitió al Tribunal una "*Nota explicativa sobre las desinversiones de Iberdrola en la República de Guatemala*" de fecha 12 de noviembre de 2010, en la que explicó que Iberdrola junto con sus otros socios había vendido DECA II a EPM, con lo cual Iberdrola había vendido su participación indirecta del 39.64% en EEGSA.
- [25] Mediante comunicación del 22 de noviembre de 2010, la Demandada solicitó al Tribunal ordenar a la Demandante una exhibición de documentos relacionada con la Nota Explicativa. Asimismo, pidió una extensión de noventa días para la presentación de su Dúplica, contados desde la recepción de la documentación objeto de la exhibición.
- [26] Mediante Orden Procesal de fecha 23 de noviembre de 2010, el Tribunal resolvió: (i) otorgar a la Demandante plazo hasta el día 30 de noviembre de 2010 para pronunciarse sobre la solicitud de exhibición de documentos formulada por la Demandada; y (ii) establecer que la fecha para la presentación de la Dúplica se fijaría una vez que la Demandante se pronunciara sobre la solicitud de exhibición de documentos formulada por la Demandada de conformidad con en el punto (i) anterior. También dispuso que, una vez recibidas las manifestaciones de las Partes, el Tribunal se pronunciaría sobre la solicitud de exhibición de documentos.
- [27] Mediante comunicación del 30 de noviembre de 2010, la Demandante se pronunció sobre la solicitud de exhibición de documentos formulada por la Demandada. El 2 de diciembre de 2010, la Demandada se refirió a la comunicación de la Demandante y solicitó al Tribunal un plazo para presentar una breve contestación. El mismo día, la Demandante se opuso a la solicitud de su contraparte.
- [28] Mediante Orden Procesal de fecha 6 de diciembre de 2010, el Tribunal resolvió: (i) conceder a la Demandada plazo hasta el 9 de diciembre de 2010 para pronunciarse sobre la comunicación enviada por la Demandante el 30 de noviembre de ese mismo año; (ii) conceder a la Demandante plazo hasta el 13 de diciembre de 2010 para expresar su posición sobre lo que afirmara la Demandada; y (iii) anunciar la fijación de una nueva fecha para la presentación de la Dúplica, la cual se haría después de la presentación del escrito mencionado en el inciso (ii) de este párrafo.

- [29] El 9 de diciembre de 2010, la Demandada se refirió a la respuesta de la Demandante sobre la solicitud de exhibición de documentos formulada por la primera y el 13 de diciembre de 2010, la Demandante presentó su contestación al escrito de la Demandada.
- [30] Mediante Orden Procesal de fecha 22 de diciembre de 2010, el Tribunal resolvió sobre la solicitud de documentos presentada por la Demandada y le concedió algunas de las solicitudes que planteó. En particular, el Tribunal ordenó "... *la exhibición de los documentos en poder de la Demandante emitidos exclusivamente por sus asesores financieros, fiscales, contables e internos (in house) en los que se refleje el valor final que la Demandante asignó a EEGSA en el contexto de la venta de DECA II*". Asimismo, se ordenó a la Demandada presentar su Dúplica sobre el fondo en un plazo de cuarenta días contados a partir del día siguiente a aquel en que la Demandante exhibiera los documentos que el Tribunal le ordenó presentar.
- [31] Mediante comunicación de fecha 23 de diciembre de 2010, el CIADI le informó al Tribunal que, en lo sucesivo, la Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski ejercería como Secretaria del Tribunal.
- [32] El 12 de enero de 2011, en respuesta a la Orden Procesal a la que se refiere el párrafo 31 anterior, la Demandante presentó una Nota Explicativa sobre los documentos que el Tribunal le ordenó exhibir. En dicha Nota, la Demandante manifestó que "... *en el contexto de la venta de DECA II, no asignó un valor final a EEGSA para aceptar la Oferta de Compra formulada por EPM... las partes en el Contrato de Compraventa no consideraron necesario asignar un valor individual a las compañías integradas en DECA II: la compradora debía adquirir el holding como un todo...*".
- [33] El 23 de febrero de 2011, la Demandada presentó su Dúplica.
- [34] Luego de consultar a las Partes, y de que estas expresaron sus opiniones, mediante la Orden Procesal de fecha 19 de mayo de 2011, el Tribunal: (i) dispuso que la audiencia sobre jurisdicción y fondo de la diferencia se celebraría durante siete días, a saber, los comprendidos entre el 25 de julio de 2011 y el 1º de agosto de 2011, excluyendo el 31 de julio; (ii) estableció reglas sobre la hora de inicio y duración de cada sesión, y del orden y las reglas a seguir respecto de, *inter alia*, los interrogatorios y la participación de las Partes en la audiencia; y (iii) indicó que, a más tardar el 15 de julio de 2011, cada Parte debía comunicar al Tribunal y a la otra Parte la lista de personas que asistirían a la audiencia en su representación.
- [35] Respecto de las diferencias que habían surgido entre las Partes en relación con la relevancia y necesidad de que la Demandante aportara las publicaciones citadas por el testigo Leonardo Giacchino en su *curriculum vitae*, el 10 de junio de 2011 el Tribunal dictó una Orden Procesal mediante la cual: (i) ordenó a la Demandante presentar las publicaciones solicitadas por la Demandada mediante la comunicación del 1º de junio de 2011, siempre que hubieran sido publicadas o reducidas a escrito por cualquier medio físico o digital; y (ii) indicó que la formulación de preguntas en la audiencia al testigo Giacchino sobre el contenido de dichos documentos sería permitida, sujeta al control del Tribunal.

[36] La audiencia se llevó a cabo durante los días 25 a 30 de julio de 2011, en Washington D.C. Según consta en la transcripción, aceptada por ambas Partes, a la audiencia asistieron:

a. En representación de la Demandante:

José Miguel Alcolea Cantos, Rafael Gil Nievas y Antonio Martínez Atienza, de Iberdrola; Miguel Virgós Soriano, Virginia L. Allan, Heidi López Castro y José Ángel Rueda García, del estudio Uría Menéndez; Juan Carlos Castillo Chacón, del estudio Aguilar Castillo Love; Erica VanSant, de Solutions Economics LLC; Iñigo Elorriaga Fernández de Arroyabe, Miguel Francisco Calleja Mediano, Luis Antonio Maté Sánchez, Leonardo Giacchino y Carlos Manuel Bastos (testigos); Eduardo Mayora Alvarado, Jorge Rolando Barrios, Alexander Galetovic, Juan Carlos Estanga, José Luis Suárez Munilla, Pedro G. Rosenfeld y Carlos Lapuerta (peritos); y José Antonio García (analista de The Braille Group, asistente del Sr. Lapuerta).

b. En representación de la Demandada:

Guillermo A. Porras, de la Procuraduría General de Guatemala; Nigel Blackaby, Lluís Paradell, Noiana Marigo, Jean Paul Dechamps, Lauren Friedman, Michelle Grando, Ricardo Chirinos, Joel Kliksberg, Katherine Ibarra y Sebastián Yanine, del estudio Freshfields Bruckhaus Deringer U.S.A. LLP; Alejandro Arenales; Alfredo Skinner-Kléé; Rodolfo Estuardo Salazar, del estudio Arenales & Skinner-Kléé; Aníbal Samayoa, Subsecretario General de la Presidencia de la República de Guatemala; Saúl Oliva, de la Procuraduría General de Guatemala; Romeo López y Mynor René Castillo, del Ministerio de Economía de la República de Guatemala; Marcela Peláez, de la CNEE; Carlos Colom y Enrique Moller (testigos); Manuel A. Abdala, Luis Felipe Sáenz Juárez y Mario Damonte (peritos); Julián Delamer y Ariel Medvedeff (asistentes del Sr. Abdala).

[37] El 30 de julio de 2011, al finalizar la audiencia, las Partes anunciaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo sobre varios asuntos relacionados con la presentación de sus escritos posteriores. Asimismo, indicaron que enviarían a la mayor brevedad un proyecto de Orden Procesal, que contendría los términos del acuerdo. Por su parte, el Presidente del Tribunal les comunicó que era posible que el Tribunal les planteara algunos temas para que fueran tratados en sus respectivos escritos posteriores a la audiencia.

[38] Mediante comunicación de fecha 15 de agosto de 2011, el Tribunal invitó a las Partes a que en sus alegatos finales expresaran "*[s]u posición respecto de ciertas cuestiones que se han debatido a lo largo del procedimiento, sin perjuicio de que se pronuncien sobre cualquier otro aspecto que cada una de ellas considere relevante*". En este sentido, el Tribunal propuso que antes del cierre del proceso, en sus alegatos finales, las Partes se pronunciaran brevemente sobre las siguientes cuestiones: "*(i) [r]azones por las cuales considera que el Tribunal Arbitral tiene o no tiene competencia para conocer de la disputa objeto del presente arbitraje; (ii) indicar cuáles son las facultades de la Comisión Pericial a la que se refiere la Ley General de Electricidad de Guatemala y su Reglamento, y señalar el fundamento de su*

posición; (iii) resumir, paso a paso, el procedimiento que debe seguirse para la determinación de las tarifas de distribución de energía eléctrica en Guatemala, desde la expedición de los Términos de Referencia hasta la aprobación de las tarifas, indicando cuál persona, órgano o entidad interviene en cada etapa y el alcance de dicha intervención; (iv) explicar cómo se aplicó el procedimiento del que trata el punto (iii) anterior en el caso de EEGSA, para las tarifas correspondientes al quinquenio 2008-2013; (v) indicar si los hechos que cada parte considera como probados produjeron o no consecuencias, según el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre España y Guatemala o, en general, según el Derecho Internacional Público". El Tribunal resaltó que las cuestiones planteadas no implicaban asunciones ni sugerían posición alguna del Tribunal Arbitral y que tampoco constituían una limitación de los temas que podían ser tratados por las Partes en sus respectivos alegatos finales.

- [39] El 29 de agosto de 2011, las Partes remitieron al Tribunal un proyecto de Orden Procesal, en el que consignaron el acuerdo que alcanzaron al finalizar la audiencia del 30 de julio de 2011. Ese proyecto incluía también un acuerdo adicional de las Partes sobre la presentación de un documento referente a los costos en que incurrieron durante este proceso. En la misma fecha, cada una de las Partes remitió al Tribunal Arbitral su posición respecto de la extensión que debían tener los escritos posteriores a la audiencia.
- [40] Mediante Orden Procesal de fecha 1 de septiembre de 2011, el Tribunal determinó que:
- a. Las Partes presentarían correcciones consensuadas a la transcripción de la audiencia a más tardar el 23 de septiembre de 2011, según las reglas señaladas en esa Orden Procesal. Cualquier diferencia que existiera sobre la correcta transcripción sería resuelta por el Tribunal antes del 3 de octubre de 2011.
 - b. Las Partes presentarían sus escritos posteriores a la audiencia, de manera simultánea, el 17 de octubre de 2011. También señaló la extensión, anexos y demás características que debían tener dichos escritos.
 - c. Junto con los escritos posteriores a la audiencia, cada Parte podría presentar nuevos documentos directamente relacionados con las declaraciones orales de los testigos de su contraparte (no de los expertos), recibidas durante la audiencia, con sujeción al procedimiento previsto en esa misma Orden Procesal. Indicó además que, en caso de desacuerdo sobre la admisión de nuevos documentos, las Partes enviarían una breve exposición escrita de las razones en que se fundaban para solicitar la admisión o rechazo de cada documento, a más tardar el 23 de septiembre de 2011.
 - d. De ser el caso, la decisión sobre la admisibilidad de los nuevos documentos sería dictada antes del 3 de octubre de 2011.
 - e. Cada Parte presentaría un escrito en el que haría un resumen de los costos en que incurrió en relación con este proceso, a más tardar el 17 de octubre de 2011.

- [41] El 17 de octubre de 2011, la Demandante presentó su Escrito de Conclusiones (“Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante”) y su Escrito sobre Costas (“Escrito sobre los Costos de la Demandante”). En la misma fecha, la Demandada presentó su Escrito Posterior a la Audiencia y su Escrito de Reclamación de Costos (“Escrito sobre los Costos de la Demandada”).
- [42] Mediante comunicación de 12 de julio de 2012, el Tribunal, de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje, declaró cerrado el procedimiento.

II. ANTECEDENTES

1. PROCESO DE PRIVATIZACIÓN

- [43] Mediante el Acuerdo Gubernativo N° 865-97 de fecha 17 de diciembre de 1997, la República de Guatemala autorizó la privatización de EEGSA y autorizó la enajenación del 96% de sus acciones por medio de un procedimiento de oferta pública nacional e internacional.²
- [44] EEGSA y un “Comité de Alto Nivel” - compuesto por directivos de EEGSA y por el Ministro de Energía y Minas - seleccionaron mediante un proceso de licitación, como Asesor Financiero del proceso de privatización, a la firma estadounidense SSB. SSB ofreció sus servicios en consorcio con Luis Carlos Bohoslavsky, Carlos Osvaldo Castro, Dmitri Pliones, Brown & Wood LLP y el despacho de abogados Beltranena de la Cerda y Chávez.
- [45] El 4 de mayo de 1998, el Gobierno de Guatemala inició el proceso de venta de las acciones de EEGSA mediante la apertura de un “data room” y puso a disposición de los potenciales inversores, entre otros: (i) los Términos de Referencia para la venta de EEGSA³; (ii) un Memorándum Informativo de Venta⁴; y (iii) un borrador del Contrato de Compra de Acciones.⁵ Al Memorándum Informativo de Venta se adjuntó el texto de la LGE, su Reglamento y un informe de auditoría sobre EEGSA.⁶
- [46] Según consta en el texto de la LGE y el RLGE, la fijación de las tarifas de distribución de electricidad se haría con base en el modelo de “empresa eficiente”. La Demandante hace referencia a dicho modelo de empresa eficiente señalando *inter alia* que “[e]l VAD es la retribución del distribuidor y legalmente se corresponde con el costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente referencia que preste el mismo servicio que la empresa regulada. Así definido, el VAD debe permitir al distribuidor recuperar los costos de una empresa en condiciones de

² Acuerdo Gubernativo No. 865-97 del 17 de diciembre de 1997 (Anexo D-14).

³ Términos de Referencia para la venta de EEGSA (Anexo D-19).

⁴ Memorándum Informativo de Venta (Anexo D-16).

⁵ Véase Términos de Referencia para la venta de EEGSA, página 13 (Anexo D-19).

⁶ Según consta en el párrafo 125 del Memorial de Contestación, “[l]a reforma del sector eléctrico preveía la venta y transferencia al sector privado de las acciones de las tres empresas públicas que hasta entonces prestaban el servicio de distribución eléctrica, y que en su conjunto atendían a alrededor del 62 por ciento de la población de la República de Guatemala. Ello incluía además de EEGSA, a las dos compañías en las que se dividió el área de distribución del INDE: Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A. (Deorsa) y Distribuidora de Electricidad de Occidente, S.A. (Deocsa)...”.

*competencia, operando en las mismas condiciones físicas que el distribuidor real, y proporcionarle una rentabilidad "normal". Esto quiere decir que si el distribuidor opera eficientemente, las tarifas deben permitirle, como mínimo, recuperar todos sus costos de operación e inversión y obtener una rentabilidad adecuada para inversiones similares en el país".*⁷

- [47] La Demandada manifiesta sobre este tema que "[e]l sistema de empresa "eficiente" o "modelo", utiliza una creación teórica que intenta replicar cómo debería funcionar una empresa regulada en un marco de operación e inversiones consideradas como eficientes. Este sistema de empresa eficiente neutraliza los incentivos perversos del monopolio natural en el que actúa la empresa distribuidora. Así, si el distribuidor es más eficiente que la teórica empresa eficiente, éste se asegura una mayor rentabilidad sobre su inversión. Toda ineficiencia de su parte, por el contrario, disminuye su margen de retorno".⁸
- [48] Después de la apertura del proceso de licitación de las acciones de EEGSA, se iniciaron varias giras de promoción en diferentes partes del mundo, para suministrar a posibles inversionistas información sobre la privatización.⁹
- [49] Mientras se desarrollaba el proceso de privatización, EEGSA y el MEM suscribieron, el 15 de mayo de 1998, un Contrato de Autorización para la distribución de electricidad en los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, con una vigencia de 50 años. En la cláusula vigésima del Contrato de Autorización se dispuso que "[e]s convenido por las partes que en este contrato se entenderán incorporadas todas las Leyes, Reglamentos y normas aplicables, vigentes al momento de su suscripción".¹⁰
- [50] En la cláusula novena del Contrato de Autorización se señaló: "El MINISTERIO declara que... d. No tomará acciones que impidan o afecten materialmente la habilidad de EL ADJUDICATARIO de desarrollar, diseñar, construir, operar y mantener el objeto de la Autorización en la forma establecida en la Solicitud y en el presente Contrato, o que haga aumentar significativamente el costo de tales actividades".¹¹
- [51] En la cláusula decimoséptima, se estableció que: "Constituirá incumplimiento por EL MINISTERIO, el incumplimiento de cualquier término o condición material del presente Contrato, la Ley o el Reglamento".¹²
- [52] El 20 de julio de 1998, los grupos de inversores que competían por el paquete estratégico de EEGSA acudieron a la Ciudad de Guatemala para presentar sus respectivas propuestas de precalificación. Iberdrola se presentó como líder de un consorcio formado junto a TECO, por medio de una de sus filiales y EDP.

⁷ Memorial, párrafo 70.

⁸ Memorial de Contestación, párrafo 48.

⁹ Roadshows (Anexo D-20).

¹⁰ Contrato de Autorización (Anexo D-21).

¹¹ Id.

¹² Id.

- [53] El 30 de julio de 1998, Iberdrola y las demás empresas y consorcios precalificados acudieron al acto de presentación de las ofertas económicas. El consorcio del que formaba parte Iberdrola resultó ganador, al presentar la mejor propuesta económica, con una oferta de quinientos veinte millones de dólares EEUU con veinticinco centavos.¹³
- [54] Antes de la adjudicación al mencionado consorcio de las acciones de EEGSA, sus socios constituyeron, de acuerdo con los Términos de Referencia para la venta de EEGSA,¹⁴ una sociedad guatemalteca, DECA I, que firmaría el contrato de compraventa de acciones y tendría la titularidad de las acciones de EEGSA. Las acciones de DECA I se distribuyeron de la siguiente manera: Iberdrola, 49%, Teco, 30%, EDP 21%.¹⁵
- [55] El 11 de septiembre de 1998, DECA I y la República de Guatemala firmaron el Contrato de Compraventa de Acciones, en virtud del cual DECA I adquirió el 80% de las acciones de EEGSA.¹⁶ Después, DECA I adquirió, de accionistas particulares, un 0,88% adicional, hasta llegar al 80,88% de participación accionaria en EEGSA.¹⁷
- [56] Posteriormente, Iberdrola y los socios de DECA I traspasaron las acciones de EEGSA que DECA I tenía a otra sociedad denominada DECA II, también constituida de conformidad con las leyes de Guatemala. DECA I fue absorbida por EEGSA y sustituida por DECA II para todos los efectos. Como consecuencia de esta nueva estructura societaria, Iberdrola, por medio de DECA II, quedó con un 39,64% de las acciones de EEGSA.

2. LEY GENERAL DE ELECTRICIDAD, SU REGLAMENTO Y SUS MODIFICACIONES

- [57] La LGE y el RLGE estaban vigentes en Guatemala cuando el consorcio del que formaba parte Iberdrola presentó su propuesta para adquirir las acciones de EEGSA y cuando adquirió parte de esas acciones por medio de DECA I.
- [58] Sin perjuicio de otros artículos puntuales de la LGE y del RLGE que se citan en distintos apartes de este laudo, la controversia de las Partes se centró principalmente en las disposiciones de la LGE que se refieren a la forma de determinación de las tarifas; al VAD; al VNR; al costo de capital, las funciones y facultades de la CNEE; y a las facultades de la Comisión Pericial. Las normas citadas por las Partes como relevantes, que estaban vigentes al momento de la adquisición de las acciones de EEGSA por parte de DECA I, son las siguientes:

¹³ Acta Notarial de Adjudicación (Anexo D-25).

¹⁴ Términos de Referencia para la venta de EEGSA (Anexo D-19).

¹⁵ Estatutos de DECA I (Anexo D-28).

¹⁶ Contrato de Compraventa (Anexo D-30).

¹⁷ Memorial, párrafo 62.

LGE¹⁸

“Artículo 61. Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión, a través de adicionar los componentes de costos de adquisición de potencia y energía, libremente pactados entre generadores y distribuidores y referidos a la entrada de la red de distribución con los componentes de costos eficientes de distribución...”.

“Artículo 67. El peaje en el sistema principal se calcula dividiendo la anualidad de la inversión y los costos de operación y mantenimiento del sistema principal, para instalaciones óptimamente dimensionadas, entre la potencia firme total conectada al sistema eléctrico correspondiente.

La anualidad de la inversión será calculada sobre la base del Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones, óptimamente dimensionadas, considerando la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas y una vida útil de treinta (30) años. El Valor Nuevo de Reemplazo es el costo que tendría construir las obras y bienes físicos de la autorización, con la tecnología disponible en el mercado, para prestar el mismo servicio. El concepto de instalación económicamente adaptada implica reconocer en el Valor Nuevo de Reemplazo sólo aquellas instalaciones o partes de instalaciones que son económicamente justificadas para prestar el servicio que se requiere”.

“Artículo 71. Las tarifas a consumidores finales de (sic) servicio de distribución final, en sus componentes de potencia y energía, serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución y del Valor Agregado de Distribución -VAD-.... El VAD corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada”.

“Artículo 72. El VAD deberá contemplar al menos las siguientes componentes básicas: a) Costos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía; b) Pérdidas medias de distribución, separadas en sus componentes de potencia y energía; c) Costos de capital, operación y mantenimiento asociados a la distribución, expresados por unidad de potencia suministrada”.

“Artículo 73. El costo de capital por unidad de potencia se calculará como la anualidad constante de costo de capital correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo de una red de distribución dimensionada económicamente. La anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución y la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas. El costo de operación y mantenimiento corresponderá al de una gestión eficiente de la red de distribución de referencia”.

“Artículo 74. Cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión. La Comisión podrá disponer que diversos distribuidores contraten un solo estudio, si las densidades de distribución son parecidas en cada

¹⁸ LGE (Anexo D-6).

grupo y usar un solo VAD para la determinación de las tarifas de todas las empresas calificadas en un mismo grupo. Los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión, la que tendrá derecho a supervisar el avance de dichos estudios”.

“Artículo 75. La Comisión revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. En caso de discrepancias formuladas por escrito, la Comisión y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”.

“Artículo 76. La Comisión usará los VAD y los precios de adquisición de energía, referidos a la entrada de la red de distribución, para estructurar un conjunto de tarifas para cada adjudicatario. Estas tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”.

“Artículo 77. La metodología para la determinación de las tarifas será revisada por la Comisión cada cinco (5) años, durante la primera quincena de enero del año que corresponda. El reglamento señalará los plazos para la realización de los estudios, su revisión, formulación de observaciones y formación de la Comisión Pericial. Todos los informes que evacúe la Comisión serán de público acceso”.

“Artículo 78. La metodología para (sic) determinación de las tarifas y sus fórmulas de ajuste no podrán ser modificadas durante su período de vigencia, salvo si sus reajustes triplican el valor inicial de las tarifas inicialmente aprobadas. En el evento que al vencimiento del período de vigencia de las tarifas no hayan sido fijadas las tarifas del período siguiente, por causa de la Comisión, aquellas podrán ser ajustadas por los adjudicatarios según las fórmulas de ajuste automático”.

“Artículo 79. La tasa de actualización a utilizar en la presente ley para la determinación de tarifas será igual a la tasa de costo del capital que determine la Comisión, mediante estudios contratados con entidades privadas especialistas en la materia, debiendo reflejar la tasa de costo de capital para actividades de riesgo similar en el país. Se podrán usar tasas de costo de capital distintas para las actividades de transmisión y distribución. En cualquier caso, si la tasa de actualización resultare inferior a siete por ciento real anual o bien superior a trece por ciento real anual, se aplicarán estos últimos valores, respectivamente”.

RLGE¹⁹

“Artículo 29. Funciones. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, será un órgano técnico del Ministerio. La Comisión tendrá independencia funcional, su propio presupuesto y fondos privativos, cuya función será la determinación de los precios y calidad de la prestación

¹⁹ RLGE (Anexo D-10).

de los servicios de transporte y distribución de electricidad sujetos a autorización, controlar y asegurar las condiciones de competencia en el Mercado Mayorista, así como todas las demás responsabilidades que le asigna la Ley y este Reglamento”.

“Artículo 30. Designación de los Miembros de la Comisión. La Comisión estará integrada por tres miembros que serán nombrados en la forma establecida en el artículo 5 de la Ley...”.

“Artículo 91. Valor Agregado de Distribución. Se denomina Valor Agregado de Distribución (VAD) al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de una determinada densidad de carga.

En las fórmulas de los artículos 88 y 89 el VAD se relaciona con las siguientes variables: CDMT, CDBT, FPPMT, FPPBT, FPEMT, FPEBT, FPEST, NHU.

Las dos primeras variables (CDMT y CDBT) se denominan Componentes de Costos del VAD (CCVAD).

Las cuatro componentes siguientes se denominan Componentes de Pérdidas del VAD (CPVAD).

La componente NHU se denominan (sic) horas de uso típicas de tarifas sin medición de potencia”.

“Artículo 92. Fórmulas de Ajuste de las Componentes de Costos del Valor Agregado de Distribución. Las fórmulas de ajuste de las componentes de costo del VAD se ajustarán con fórmulas representativas de las estructura (sic) de costos calculadas en conjunto con las tarifas base, de acuerdo a los estudios previstos en el artículo 97 del presente Reglamento. Se considerará además un factor de reducción anual que tome en cuenta el efecto de economías de escala y mejora de eficiencia, que se aplicará anualmente. Estos estudios deberán ser aprobados por la Comisión”.

“Artículo 95. Aprobación de Tarifas. Las tarifas a usuarios de (sic) servicio de Distribución Final, sus fórmulas de ajuste, las estructuras tarifarias determinadas en función de dichas tarifas, los cargos por corte y reconexión, serán aprobados cada cinco años y tendrán vigencia por ese período, salvo que la Comisión determinare la necesidad de una revisión extraordinaria de tarifas base”.

“Artículo 97. Estudios Tarifarios. Los Distribuidores deberán contratar con firmas consultoras especializadas la realización de estudios para calcular las componentes del Valor Agregado de Distribución.

La Comisión elaborará un listado de las firmas consultoras calificadas para realizar los estudios tarifarios, y los términos de referencia para su contratación, los cuales se basarán en los conceptos detallados en los artículos 86 al 90 de este Reglamento.

Los estudios deberán basarse en el objetivo de costos de una empresa eficiente de Distribución, La (sic) Comisión determinará el número de empresas eficientes de referencia, caracterizadas por su densidad de distribución, que se considerará para definir los VAD, y clasificará a las distintas Distribuidoras, o partes de las Distribuidoras, en cada uno de los

modelos de empresa eficiente de referencia. Si una Distribuidora, por razones de diferencia de densidad en sus distintas áreas de distribución, tuviera partes de ella clasificadas en distinto (sic) modelos de empresa eficiente, la Comisión podrá determinar una tarifa única para toda ella, que resulte de tomar el promedio ponderado de los VAD que correspondan, o bien podrá decidir la aplicación de distintas tarifas para las distintas áreas de la autorizada a la prestación del servicio. La ponderación se efectuará sobre la base del número de usuarios de cada área.

Los VAD que se calculen para cada Distribuidora considerarán factores de simultaneidad resultantes de estudios de caracterización de la carga que ajusten la demanda total de la autorización a la suma de la potencia contratada con sus usuarios más las pérdidas reales.

Las Distribuidoras deberán contratar con firmas especializadas, precalificadas por la Comisión, estudios de caracterización de cargas, de acuerdo a Términos de Referencia que elaborará la Comisión. Los estudios del VAD deberán actualizarse una vez que se disponga de la información de estos estudios”.

“Artículo 98. Periodicidad de los Estudios Tarifarios. Cada cinco años, con una anticipación de once meses antes de la entrada en vigencia de las tarifas, la Comisión entregará a los Distribuidores los términos de referencia de los estudios que éstos deberán encargar a empresas consultoras especializadas, precalificadas por la Comisión. Tres meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, cada Distribuidor entregará a la Comisión el estudio tarifario que deberá incluir los cuadros tarifarios resultantes y las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de respaldo; la Comisión en el plazo de un mes aprobará o rechazará los estudios efectuados por los consultores formulando las observaciones que considere pertinentes.

El Distribuidor, a través de las empresas consultoras, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste, y enviará el estudio corregido a la Comisión en el plazo de quince días de recibidas las observaciones. De persistir discrepancias entre la Comisión y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley. El costo de esta contratación será cubierto por la Comisión y el distribuidor por partes iguales.

Mientras el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúe las correcciones a los mismos, según lo estipulado en los párrafos anteriores, no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas. Una vez presentados los estudios tarifarios o efectuadas las correcciones, se procederá a la publicación de las tarifas definitivas, las que regirán a partir del primer día del mes inmediato siguiente a aquél en que se publiquen. El atraso en la publicación, no alterará el período de vigencia de las tarifas, el que empezará a contarse siempre desde el 1 de mayo. No se permitirá la aplicación retroactiva de tarifas. Todo lo anterior, sin perjuicio de las sanciones correspondientes”.

“Artículo 99. Aplicación de las Tarifas. Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refiere (sic) los artículos anteriores, la Comisión procederá a fijar las tarifas definitivas en un plazo no mayor a un mes a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo y deberá publicarlas a más tardar el 30

de abril, en el Diario Oficial. En caso que la Comisión no haya publicado las nuevas tarifas, las mismas podrán ser ajustadas por los distribuidores en base a las fórmulas vigentes de ajuste, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo anterior. Las tarifas se aplicarán a partir del 1 de mayo inmediato siguiente a la fecha de la aprobación por la Comisión".

Las reformas al Reglamento de la Ley General de Electricidad

[59] La Demandante y la Demandada se refirieron en sus escritos a tres cambios introducidos por Guatemala al RLGE que resultan relevantes para la controversia. Dichos cambios son:

a. Mediante el Acuerdo Gubernativo N° 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, se modificó el Artículo 99 del RLGE. El nuevo Artículo 99 dice:

"Aplicación de las Tarifas. Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la Comisión procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo y deberá, en el momento que así lo resuelva, publicarlas en el Diario de Centroamérica, en un plazo que nunca podrá exceder de nueve meses contados a partir de la fecha de vencimiento de la vigencia de los cinco años del pliego tarifario anterior. En caso de que la Comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste. Las tarifas se aplicarán a partir del primer día del mes siguiente de su publicación.

En ningún caso la actividad de Distribución final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. Dada la circunstancia en la que una Distribuidora no cuenta con un pliego tarifario, corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata, de forma que se cumpla con el principio ya enunciado".²⁰

b. El Artículo 98 del RLGE, relativo al procedimiento para la revisión quinquenal de las tarifas, fue modificado mediante el Acuerdo Gubernativo N° 68-2007 del 5 de marzo de 2007. El nuevo Artículo 98 expresa:

"Cada cinco años, con una anticipación de doce meses de la entrada en vigencia de las tarifas, la Comisión entregará a los Distribuidores los términos de referencia de los estudios que servirán de base para la contratación de las empresas consultoras especializadas, precalificadas por la Comisión.

Cuatro meses antes de la entrada en vigencia de las nuevas tarifas, el Distribuidor entregará a la Comisión el estudio tarifario que deberá incluir los cuadros tarifarios resultantes, las justificaciones por cada renglón de costo a incluir y las respectivas fórmulas de ajuste, así como el respectivo informe de respaldo; la Comisión en el plazo de dos mes [sic] resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores formulando las observaciones que considere pertinentes.

El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la

²⁰ Acuerdo Gubernativo No. 787-2003 del 5 de diciembre de 2003 (Anexo R-44).

Comisión dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones. De persistir discrepancias entre la Comisión y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley. El costo de contratación del tercer integrante de la Comisión Pericial será cubierto por la Comisión y el Distribuidor por partes iguales.

En caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora [sic]. El pliego aprobado y publicado por la Comisión regirá a partir del primer día del vencimiento del pliego tarifario anterior”.²¹

- c. Mediante el Acuerdo Gubernativo N° 145-2008 de 19 de mayo de 2008, se adicionó el Artículo 98 bis, relativo a la designación del tercer integrante de la Comisión Pericial, en caso de desacuerdo entre las partes. El citado artículo quedó así:

“Procedimiento y plazos para la integración de la Comisión Pericial. La Comisión y la Distribuidora, dentro de los tres días siguientes de notificadas las discrepancias a las que se refiere el artículo 75 de la Ley, deberán integrar la Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y un tercer integrante de común acuerdo. Para el nombramiento del tercer integrante la Comisión y la Distribuidora propondrán cada una, como máximo a tres (3) candidatos para participar en el proceso de selección.

Los candidatos a integrar la Comisión Pericial deberán de cumplir con los requisitos mínimos siguientes: a) Ser especialista en la materia y de reconocido prestigio. b) No haber mantenido ninguna relación, durante los últimos cinco (5) años con entidades o empresas relacionadas con el subsector eléctrico que operen en la República de Guatemala; lo cual deberá ser acreditado mediante declaración jurada contenida en acta notarial.

Las partes, al momento de presentar a sus candidatos, deberán acompañar la referida declaración jurada junto con el curriculum vitae respectivo de cada persona propuesta. Las personas que cumplan con todos los requisitos indicados anteriormente, serán las únicas que podrán ser tomadas en cuenta para el proceso de selección.

Si vencido el plazo de tres días para la selección del tercer integrante, no existiera acuerdo entre las partes, las Comisión elevará el respectivo expediente al Ministerio para que seleccione en forma definitiva en un plazo máximo de tres días de recibido el expediente, al tercer integrante de la Comisión Pericial, de entre los candidatos propuestos. Notificadas la Comisión y la Distribuidora de lo resuelto por el Ministerio, ambas partes procederán en un plazo máximo de dos días, contados a partir de la fecha de la notificación del Ministerio, a conformar la Comisión Pericial, según lo establece el artículo 75 de la Ley. La Comisión Pericial se pronunciará dentro de un plazo de sesenta (60) días, contado desde su conformación. Dicho pronunciamiento deberá estar fundamentado en el marco legal vigente y conforme a los términos de referencia a que se refiere el artículo 74 de la Ley”.²²

²¹ Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 19 de mayo del 2008 (Anexo R-48).

²² Acuerdo Gubernativo No. 145-2008 del 19 de mayo de 2008 (Anexo D-110).

3. PROCESO TARIFARIO DE EEGSA 1998-2008

- [60] Después de haber señalado los artículos más relevantes de la LGE y del RLGE, cabe resaltar que, de conformidad con el Artículo 77 de la LGE, la metodología para la determinación de las tarifas debe ser revisada por la CNEE cada cinco años.
- [61] La primera fijación de tarifas de EEGSA se llevó a cabo para el periodo 1998-2003. Para este quinquenio, el VAD de las tarifas de EEGSA se determinó usando valores de otros países que aplicaban similar metodología, tales como Chile, Perú y El Salvador. En concreto, el VAD de las tarifas de EEGSA se basó en valores de El Salvador.
- [62] La revisión tarifaria para el periodo de 2003-2008 - que se llevó a cabo durante la vigencia de la LGE y el RLGE - se efectuó sin acudir al procedimiento ante la Comisión Pericial y resultó en un incremento del VAD de EEGSA respecto del primer quinquenio.

4. PROCESO TARIFARIO QUINQUENIO 2008-2013

- [63] El debate central de las Partes en el presente caso se dio en torno al proceso tarifario de EEGSA correspondiente al quinquenio 2008-2013. A continuación se expone un resumen de los hechos pertinentes.
- [64] El pliego tarifario aplicable a EEGSA para el quinquenio 2003-2008 expiraba a finales de julio de 2008. Así, de conformidad con el Artículo 74 de la LGE, la CNEE debía llevar a cabo un proceso de precalificación de las firmas de ingeniería que podrían asistir a EEGSA en el proceso de preparación del estudio de los componentes del VAD para el siguiente quinquenio.
- [65] El 11 de abril de 2007, la CNEE, mediante un proceso de licitación pública internacional, convocó a firmas de ingeniería interesadas en formar parte del *"Registro de Precalificados que podrán efectuar estudios tarifarios, para calcular las Componentes del Valor Agregado de Distribución – VAD – en las Empresas Distribuidoras de Electricidad de Guatemala"*.²³
- [66] Las propuestas recibidas fueron analizadas por la División de Tarifas de la CNEE y sus conclusiones fueron presentadas al Directorio de la CNEE. De las nueve firmas que enviaron propuestas, seis fueron precalificadas, a saber: PA Consulting Services S.A. (Argentina), Quantum S.A. (Argentina), Mercados Energéticos S.A. (Argentina), Synex Ingenieros Consultores Ltda. (Chile), Bates White LLC (Estados Unidos), y la asociación de empresas Sigla S.A. / Electrotek (Argentina).²⁴
- [67] En forma paralela a la precalificación de las firmas consultoras, la CNEE estuvo trabajando en la preparación de los Términos de Referencia. Esos Términos de Referencia fueron publicados por la CNEE mediante la Resolución CNEE-13680-2007 de fecha 30 de abril de 2007.²⁵

²³ Acuerdo No. CNEE 51-2007 del 11 de abril de 2007 (Anexo R-49).

²⁴ Resolución CNEE 55-2007 del 21 de junio de 2007 (Anexo D-54).

²⁵ Términos de Referencia (Anexo D-48).

- [68] Con fecha 8 de mayo de 2007, EEGSA interpuso un recurso de revocatoria en contra de la Resolución CNEE-13680-2007 que aprobaba los Términos de Referencia.²⁶ En particular, EEGSA objetó los TdR números 1.7.4 y 1.9.
- [69] En su aparte más relevante, el TdR número 1.7.4 disponía que “[s]i algún Informe de Etapa no cumpliera con las premisas mencionadas, la CNEE tiene potestad legal para requerir información adicional y para suspender el conocimiento de todo desarrollo posterior del Estudio si, a su propio juicio expresado explícita, motivada y razonablemente, éste se estuviese ejecutando con desconocimiento, alejamiento o incumplimiento de los TdR. El Distribuidor deberá poner a disposición de la CNEE toda la información que ésta requiera para su análisis y facilitar todos los medios necesarios para que no exista atraso en la evaluación de los Informes de Etapa”.²⁷
- [70] El TdR número 1.9 expresaba: “[e]l Estudio deberá ser acompañado en ambas presentaciones por el conjunto completo de los Informes de Etapa. Si faltase alguno de ellos, la CNEE así lo comunicará al Distribuidor y, mientras no se reciba la información faltante, se considerará al Estudio como no entregado, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 98 del Reglamento. En consecuencia, la entrega de los Informes de Etapa no determinará los plazos a que hace referencia el artículo 98 del Reglamento. La CNEE también podrá considerar como no recibido el Estudio si, a su propio juicio, se hubiesen omitido los resultados solicitados en los TdR, de tal forma que pudiese considerarse que el Estudio se encontrara incompleto o presentara una visión parcial o distorsionada”.²⁸
- [71] La CNEE no admitió el recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA contra la Resolución que contenía los TdR²⁹ y el 29 de mayo de 2007, EEGSA interpuso recurso de amparo impugnando los TdR.³⁰ El Juzgado Sexto de Primera Instancia Civil de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo, concedió a EEGSA amparo provisional el 4 de junio de 2007 y suspendió los efectos de la Resolución que contenía los TdR.³¹ Este amparo fue confirmado por el mismo Juzgado el 11 de junio de 2007.³²
- [72] El 6 agosto 2007, EEGSA desistió de su petición de amparo,³³ después de haber alcanzado un acuerdo con la CNEE sobre la modificación del texto inicial de los TdR y sobre el contenido de la nueva versión.
- [73] En razón de lo anterior, el 9 de octubre de 2007, la CNEE publicó, mediante la Resolución CNEE-124-2007, un Addendum a los TdR.³⁴
- [74] Una vez definido el contenido de los TdR, EEGSA debía proceder a contratar a uno de los consultores precalificados por la CNEE para la elaboración del

²⁶ Recurso de Revocatoria contra de la Resolución CNEE 13680-2007 del 8 de mayo de 2007 (Anexo D-49).

²⁷ Términos de Referencia (Anexo D-48).

²⁸ Id.

²⁹ DMJ-Providencia-543 de la CNEE del 15 de mayo de 2007 (Anexo D-50).

³⁰ Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia del 29 de mayo de 2007 (Anexo D-51).

³¹ Sentencia del Juzgado Sexto de Primera Instancia Civil, Amparo C2-2007-4329 del 4 de junio de 2007 (Anexo D-52).

³² Resolución del Juzgado Sexto de Primera Instancia del 11 de junio de 2007 (Anexo D-53).

³³ Desistimiento Total de EEGSA del Amparo C2-2007-4329, del 6 de agosto de 2007 (Anexo D-56).

³⁴ Addendum a los Términos de Referencia, Resolución CNEE-124-2007 del 9 de octubre de 2007 (Anexo D-61).

estudio del VAD. Consecuentemente, EEGSA contrató el 23 de enero de 2008 a la consultora Bates White para la elaboración del Estudio Tarifario de EEGSA.³⁵

- [75] La CNEE, por su parte, adelantó un proceso de licitación pública internacional para contratar a un consultor que le brindaría apoyo en la revisión tarifaria de EEGSA.³⁶ El Directorio de la CNEE finalmente contrató a Sigla.³⁷
- [76] De conformidad con la LGE, el RLGE y los TdR (punto 1.4), antes de entregar el estudio tarifario completo, EEGSA debía presentar a la CNEE Informes de Etapa que contuvieran los resultados parciales del estudio. La CNEE revisó los Informes de Etapa elaborados por Bates White y, mediante varias cartas enviadas a EEGSA, formuló sus observaciones y comentarios.³⁸ Las Partes discrepan respecto de si los Informes de Etapa cumplían con lo establecido en los TdR.³⁹
- [77] El 31 de marzo de 2008, EEGSA presentó a la CNEE el estudio tarifario para el quinquenio 2008-2013.⁴⁰
- [78] El 11 de abril de 2008, la CNEE publicó la Resolución CNEE-63-2008 mediante la cual presentó observaciones al estudio presentado por EEGSA el 31 de marzo de 2008 y resolvió "*[d]eclarar improcedente el Estudio Tarifario presentado por Empresa Eléctrica de Guatemala... debiendo realizar las correcciones al mismo conforme a las observaciones realizadas y deberá enviarlo a esta Comisión en el plazo de 15 días*".⁴¹
- [79] El 5 de mayo de 2008, Bates White remitió a la CNEE y a EEGSA una carta de respuesta a la Resolución CNEE-63-2008.⁴² En esa misma fecha, EEGSA envió a la CNEE una comunicación en la que manifestó, entre otras cosas, que "*... estando dentro del plazo previsto en el artículo 98 del RLGE, mi representada por este acto presenta a esa Honorable Comisión las correcciones al Estudio Original, derivadas de la Resolución. Tales correcciones han sido incorporadas a una nueva versión del Estudio Original, la que contiene (i) todas aquellas correcciones derivadas de las observaciones formuladas por la Comisión y contenidas en la Resolución que la Consultora, en ejercicio de la independencia de criterio que le garantizan*

³⁵ Contrato entre EEGSA y Bates White LLC para la elaboración del Estudio Tarifario 2008-2013 del 23 de enero de 2008 (Anexo D-72).

³⁶ Acuerdo CNEE-116-2007 del 27 de julio de 2007, "*Bases de Licitación Pública Internacional para la contratación de una Empresa Consultora Especializada que brinde apoyo a CNEE, en la Supervisión de los Estudios de Caracterización de la Carga (ECC) y de las Componentes del Valor Agregado de Distribución (EVAD)*" (Anexo D-55).

³⁷ Acuerdo de la CNEE 150-2007 del 26 de octubre de 2007 (Anexo R-54).

³⁸ Carta de la CNEE a EEGSA No. 15553-2008 del 8 de febrero de 2008 (Anexo D-78); Carta de la CNEE a EEGSA No. 15597-2008 del 12 de febrero de 2008 (Anexo D-79); Carta de la CNEE a EEGSA No. 16207-2008 del 14 de marzo de 2008 (Anexo D-94); Carta de la CNEE a EEGSA No. 16208-2008 del 14 de marzo de 2008 (Anexo D-95); Carta de la CNEE a EEGSA No. 16232-2008 del 25 de marzo de 2008 (D-100); y Carta de la CNEE a EEGSA No. 16230-2008 del 25 de marzo de 2008 (Anexo D-101).

³⁹ Véase, entre otros: Memorial, párrafos 275 y s.s. y Memorial de Contestación, párrafos 214 y s.s.

⁴⁰ Carta de EEGSA (GG-45-2008) a la CNEE adjuntando carta de Bates White a la CNEE y a EEGSA mediante la que se comunica el envío de los informes de Etapa A a I e I.1, de 31 de marzo de 2008.

⁴¹ Resolución CNEE-63-2008 del 11 de abril de 2008 (Anexo D-105).

⁴² Carta de Bates White a la CNEE y a EEGSA del 5 de mayo de 2008 (Anexo D-107).

los TdRs, consideró atinentes; y (ii) las justificaciones y fundamentos, en cada Informe de Etapa correspondiente, para todas aquellas observaciones, contenidas en la Resolución, que la Consultora, en ejercicio también de la independencia que le garantizan los TdRs, no consideró procedentes...". Asimismo, EEGSA señaló que "... las discrepancias persistentes deberán ser resueltas por una Comisión Pericial, al tenor de lo preceptuado en los artículos 75 de la Ley General de Electricidad ("LGE"), y 98 del RLGE".⁴³

- [80] El 15 de mayo de 2008, la CNEE decidió, mediante la Resolución 96-2008, conformar la Comisión Pericial señalada en el artículo 75 de la LGE. En los considerandos de dicha Resolución, la CNEE señaló que "... con fecha 5 de mayo de 2008, EEGSA... presentó ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el Estudio del Valor Agregado de Distribución omitiendo la corrección de la totalidad de las observaciones realizadas por la Comisión a través de la referida Resolución CNNE-63-2008, incorporando en el Estudio del Valor Agregado de Distribución cambios y modificaciones adicionales, no solicitadas, que consecuentemente alteraron otros elementos del estudio; por lo cual, conforme a lo establecido en la legislación vigente, corresponde a la CNEE establecer las discrepancias con el Estudio del Valor Agregado de Distribución para conformar la Comisión Pericial". En este sentido, la CNEE resolvió: "[q]ue se conforme la Comisión Pericial a la que se refiere el artículo 75 de la Ley General de Electricidad, la cual, deberá pronunciarse sobre las discrepancias, con el Estudio de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, enumeradas a continuación, verificando la correcta aplicación de los Términos de Referencia... del Estudio del Valor Agregado de Distribución aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica".⁴⁴
- [81] En vista de que era la primera vez que se constituía la Comisión Pericial y de que la LGE no especificó cuáles debían ser las reglas de funcionamiento de esa Comisión, la CNEE y EEGSA buscaron acordar las reglas de operación de la Comisión Pericial. Las Partes difieren si en efecto se dio un acuerdo entre ellas sobre la totalidad de las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial.
- [82] En seguimiento a lo dispuesto por la Resolución 96-2008, el 6 de junio de 2008, EEGSA y la CNEE suscribieron ante notario público el Acta de Nombramiento de la Comisión Pericial.⁴⁵ Al suscribir el Acta, la CNEE designó a Jean Riubrugent como integrante de la Comisión Pericial y EEGSA nombró a Leonardo Giacchino. De común acuerdo, la CNEE y EEGSA designaron a Carlos Bastos, ex Ministro de Infraestructuras argentino, como el tercer integrante de la Comisión Pericial.
- [83] Según consta en el Acta de Nombramiento de la Comisión Pericial, tanto la CNEE como EEGSA manifestaron que "... se conforma la Comisión Pericial para que se pronuncie sobre las discrepancias con el Estudio del Valor Agregado de Distribución (VAD) de Empresa Eléctrica de Guatemala... contenidas en la resolución noventa y seis-dos mil ocho (CNEE-96-2008), así como sobre las respuestas de Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. y de su

⁴³ Carta de EEGSA a la CNEE No. GG-060-2008 del 5 de mayo de 2008 (Anexo D-106).

⁴⁴ Resolución CNEE 96-2008 del 15 de mayo de 2008 (Anexo D-109).

⁴⁵ Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial del 6 de junio de 2008 (Anexo D-114).

*consultor a la misma, conforme a lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la Ley y el Reglamento de la Ley General de Electricidad respectivamente...".*⁴⁶

- [84] El mismo día, el 6 de junio de 2008, la CNEE envió por correo electrónico una copia del Acta de Nombramiento a los integrantes de la Comisión Pericial.⁴⁷
- [85] El 26 de junio de 2008, Carlos Bastos firmó un contrato con la CNEE para la prestación de sus servicios como tercer experto⁴⁸ y otro con EEGSA para los mismos efectos.⁴⁹
- [86] El 25 de julio de 2008, la Comisión Pericial emitió su informe en el que se pronunció sobre las discrepancias que EEGSA y la CNEE le habían sometido.⁵⁰ Junto con su informe, la Comisión presentó una carta de "Notificación de entrega del Informe de la Comisión Pericial", en la que señaló: "*[s]e les solicita a la CNEE y a EEGSA adopten los recaudos necesarios para poner en conocimiento el Informe a la firma Bates White, a fin que proceda a realizar los cambios, modificaciones, ampliaciones y ajustes que resulten necesarios, al Estudio Tarifario presentado ante la CNEE con fecha 5 de mayo de 2008, considerando el pronunciamiento realizado por esta Comisión Pericial, respecto de cada una de las discrepancias mencionadas en la Resolución CNEE 96-2008".*⁵¹
- [87] En su informe, la Comisión Pericial resaltó que "*[l]a función de la Comisión Pericial supone... poner fin a las discrepancias (en los términos del artículo 75 de la LGE) entre la CNEE y la EEGSA. Por ese motivo, la Comisión Pericial resolverá las discrepancias, considerando las posiciones de las Partes o adoptando una tercera posición de las presentadas por éstas, siempre según el leal saber y entender de sus integrantes".*⁵² Así, al analizar las discrepancias sometidas a su consideración, la Comisión Pericial, en ciertos casos, se pronunció a favor de la pertinencia de las observaciones de la CNEE, y en otros, acogió la posición de EEGSA. Respecto a ciertas discrepancias, la Comisión adoptó una posición distinta a la presentada por la CNEE y por EEGSA.
- [88] Entre las discrepancias analizadas, la Comisión Pericial se pronunció sobre las objeciones formuladas por la CNEE respecto de la falta de entrega por el consultor de EEGSA, Bates White, de modelos trazables y auditables, "*... dando lugar a la objeción de la CNEE en forma unánime"*⁵³
- [89] La CNEE emitió la GJ-Providencia 3121 del 25 de julio de 2008 por medio de la cual acusó recibo del informe que expidió la Comisión Pericial y determinó

⁴⁶ Id.

⁴⁷ E-mail de Melvin Quijivix a Jean Riubrugent, Carlos Bastos y a Leonardo Giacchino, en el que se indica que se adjunta el Acta de nombramiento de la Comisión Pericial, del 6 de junio de 2008 (Anexo D-115).

⁴⁸ Contrato suscrito por Carlos Bastos y la CNEE del 26 de junio de 2008 (Anexo R-72).

⁴⁹ Contrato suscrito por Carlos Bastos y EEGSA del 26 de junio de 2008 (Anexo D-120).

⁵⁰ Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 (Anexo D-125).

⁵¹ Notificación de entrega del Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 (Anexo D-124).

⁵² Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 (Anexo D-125).

⁵³ Id.

que "[e]n virtud de haber cumplido con el objeto de su nombramiento, se disuelve en definitiva la Comisión Pericial...".⁵⁴ Adicionalmente a lo anterior, la CNEE dispuso que se debía continuar con el trámite de revisión tarifaria de EEGSA, de conformidad con la LGE y el RLGE.

- [90] Según la Demandante, la GJ-Providencia 3121 le fue notificada tres días después de su expedición, esto es, el 28 de julio de 2008.⁵⁵ Ese mismo día, Bates White hizo entrega a la CNEE y a EEGSA de una nueva versión de su estudio tarifario,⁵⁶ junto con una carta en la que indicaba que "[a]djunto se remite una nueva versión... del Estudio del Valor Agregado de Distribución para [EEGSA] que ha sido modificado teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Pericial".⁵⁷
- [91] Luego de haber disuelto la Comisión Pericial mediante la GJ-Providencia 3121, la CNEE notificó el 28 de julio de 2008 a los expertos Jean Riubrugent y Carlos Bastos que "... las actividades correspondientes a la ejecución..." de sus respectivos contratos habían finalizado con la entrega del informe de la Comisión Pericial y que procederían a tramitarles el pago que correspondía.⁵⁸
- [92] Mediante recurso de revocatoria de fecha 28 de julio de 2008, EEGSA impugnó la disolución de la Comisión Pericial y pidió que "...se revoque la [GJ-Providencia 3121 y] en sustitución de de [sic] la resolución impugnada, se... [emita] resolución en el sentido de declarar que la Comisión Pericial no se tendrá por disuelta hasta que cumpla con lo indicado en el punto 4.2 del informe de la Comisión Pericial, relacionado a las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial en las que se fijaron 12 puntos, el último de los cuales dispone que "La Distribuidora informará a su consultora del pronunciamiento de la Comisión Pericial, quien deberá realizar los cambios solicitados en el pronunciamiento de la Comisión Pericial y remitir la nueva versión a la Comisión Pericial para su revisión y aprobación".⁵⁹
- [93] Además de la revocatoria, EEGSA interpuso un recurso de amparo contra la CNEE, también de fecha 28 de julio de 2008, en el que solicitó *inter alia* que el Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil ordenara a la CNEE "... que cese en la amenaza de violar los derechos que los artículos 74 y 75 de la Ley General de Electricidad otorgan a [la] representada, obligándosele a acatar el pronunciamiento de la Comisión Pericial...".⁶⁰

⁵⁴ GJ-Providencia-3121 de la CNEE del 25 de julio de 2008 (Anexo D-127).

⁵⁵ Véase, entre otros, Memorial, párrafo 338.

⁵⁶ Estudio del VAD para EEGSA del 28 de julio de 2008 (Anexo D-129).

⁵⁷ Carta de Bates White a la CNEE y a EEGSA entregando el Estudio del VAD del 28 de julio de 2008 (Anexo D-130).

⁵⁸ Comunicación de la CNEE a los expertos Jean Riubrugent y Carlos Bastos del 28 de julio de 2008 (Anexo R-74).

⁵⁹ Recurso de revocatoria de EEGSA contra la Resolución de la CNEE GJ-Providencia-3121 del 28 de julio de 2008 (Anexo D-133). Mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2008, EEGSA desistió de su recurso de revocatoria de fecha 28 de julio de 2008, señalando principalmente que no tenía interés "[d]e continuar con el Recurso de Revocatoria presentado y que la Corte de Constitucionalidad ha sostenido el criterio de que no procede revocatoria en contra de las providencias..." (Anexo D-156 y D-166).

⁶⁰ Recurso de amparo de EEGSA contra la CNEE del 28 de julio de 2008 (Anexo D-134).

- [94] Mediante resolución del 30 de julio de 2008, el Juzgado Primero concedió el amparo solicitado por EEGSA y dispuso que *"... se decrete el amparo provisional solicitado en cuanto a que se ordena a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para que durante la tramitación del presente amparo debe acatar a cabalidad el pronunciamiento de la Comisión Pericial permitiendo que concluya su labor especialmente la revisión final de los cambios presentados a la Comisión pericial por la Firma Bates White el veintiocho de julio del presente año..."*.⁶¹
- [95] No obstante lo anterior, ese mismo día, el Juzgado Primero emitió otra resolución en la que suspendió el trámite de amparo iniciado por EEGSA. El Juzgado determinó que en vista de que EEGSA había interpuesto un recurso de revocatoria contra la GJ-Providencia 3121, la acción de amparo *"[a]dolece de definitividad ya que aún no se han agotado los recursos idóneos para acudir a esta vía..."*.⁶²
- [96] Posteriormente, EEGSA presentó ante la Corte de Constitucionalidad un ocurso de queja contra el Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil, con el fin de que anulara la resolución de fecha 30 de julio de 2008, mediante la cual se suspendió el trámite de amparo que había iniciado EEGSA como consecuencia de la disolución de la Comisión Pericial. EEGSA también pidió que se ordenara al Juzgado Primero dictar *"... la resolución que en derecho corresponde..."*.⁶³ Mediante Resolución de fecha 1º de septiembre de 2008, la Corte de Constitucionalidad dio lugar al ocurso de queja promovido por EEGSA, anulando la resolución del Juzgado Primero de fecha 30 de julio de 2008 y ordenándole que continuara con el trámite del amparo interpuesto por EEGSA.⁶⁴
- [97] Carlos Bastos se dirigió a los otros dos expertos de la Comisión Pericial, mediante carta del 29 de julio de 2008, resaltando, entre otras cosas, que *"[c]omo es de su conocimiento, el día 28 de Julio pasado, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (en adelante, la CNEE) nos ha notificado la providencia de fecha 25 de julio... mediante la cual, dicho organismo decide disolver la Comisión Pericial, de la que somos sus integrantes, sosteniendo haberse agotado las tareas para las que la Comisión Pericial fue convocada. Por otro lado, como también es de su conocimiento, la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (en adelante la EEGSA) ha impugnado dicha providencia interponiendo un recurso de revocación por un lado, y, por otro, mediante el recurso de amparo. Por último, en el marco del proceso en curso el Consultor Bates White... ha presentado las correcciones al Estudio Tarifario, a la luz de la Resolución de la Comisión Pericial... para que, en el marco de la Regla 12 de funcionamiento de la Comisión Pericial, esta se pronuncie sobre si el consultor Bates White incorporó o no los resultados de la providencia de la Comisión Pericial... Considerando la invitación recibida por parte del Consultor para conocer in situ, como (sic) se han llevado acabo [sic] las modificaciones al Estudio Tarifario, se propone que la misma se lleve acabo*

⁶¹ Resolución del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil, Amparo C2-2008-6968 del 30 de julio de 2008 (Anexo D-139).

⁶² Resolución del Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil del 30 de julio de 2008 (Anexo D-140).

⁶³ Ocurso de queja de EEGSA contra de la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia de suspender la tramitación del Amparo 6968-2008, del 1º de agosto de 2008 (Anexo D-149).

⁶⁴ Resolución de la Corte de Constitucionalidad del 1º de septiembre de 2008 (Anexo D-178).

[sic] en las oficinas de Bates White el día 31 de julio a las 11hrs...".⁶⁵ Jean Riubrugent respondió señalando que no participaría en la reunión convocada por Bastos debido a que "... el alcance de las funciones de la Comisión Pericial está en entredicho y que hasta tanto no haya una clarificación definitiva de éste, me corresponde atenerme a las instrucciones de la CNEE...".⁶⁶

- [98] Leonardo Giacchino y Carlos Bastos se reunieron el 31 de julio en las oficinas de Bates White en Washington. Posteriormente, Carlos Bastos, mediante comunicación del 1º de agosto de 2008, informó a la CNEE y a EEGSA, a título personal debido a que no había quórum, que pudo constatar que *"... las modificaciones efectuadas por Bates White en su Estudio Tarifario del 28 de julio del 2008, siguen los pronunciamientos de la Comisión Pericial. La extensión y complejidad del modelo en si (sic) mismo me impiden seguir en detalle todos los pasos del cálculo que se efectúa. No obstante, es posible afirmar que el resultado del VAD calculado en su Estudio Tarifario del 28 de julio del 2008 está calculado con un modelo que incorpora las decisiones tomadas por la Comisión Pericial".⁶⁷*
- [99] Por su parte, la CNEE procedió con el trámite para la fijación de las tarifas de EEGSA. Así, el 29 de julio de 2008 emitió la Resolución 144 y el 30 de julio las Resoluciones 145 y 146⁶⁸ aprobando el estudio tarifario elaborado por SIGLA y fijando las tarifas de EEGSA para el quinquenio 2008-2013. Esas resoluciones fueron publicadas en el Diario Oficial el 31 de julio de 2008.
- [100] En particular, por medio de la Resolución 144 de 2008, la CNEE aprobó en forma definitiva el estudio de Sigla y dispuso que sería la base para emitir y publicar el pliego tarifario de EEGSA. En cuanto al estudio tarifario de Bates White, la CNEE señaló *inter alia* que *"... con fecha cinco de mayo de dos mil ocho, Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima... presentó nuevamente ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el Estudio Tarifario omitiendo hacer la corrección a la totalidad de las observaciones realizadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a través de la referida resolución CNEE-63-2008 [por medio de la cual declaró improcedente el estudio de Bates White], como lo establece el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad".⁶⁹* Por medio de las Resoluciones 145 y 146, la CNEE fijó las tarifas de EEGSA para el quinquenio 2008-2013.
- [101] EEGSA impugnó las tarifas fijadas por la CNEE ante los tribunales de Guatemala e interpuso una nueva acción de amparo contra la GJ-Providencia 3121, por medio de la cual la CNEE disolvió la Comisión Pericial. Además, EEGSA combatió la Resolución CNEE 144 de 2008. A continuación se presenta un resumen de las actuaciones judiciales iniciadas por EEGSA, y

⁶⁵ Carta de Carlos Bastos a Jean Riubrugent y Leonardo Giacchino del 29 de julio de 2008 (Anexo D-137).

⁶⁶ E-mail de Jean Riubrugent a Carlos Bastos y Leonardo Giacchino del 31 de julio de 2008 (Anexo D-146).

⁶⁷ Carta de Carlos Bastos a Carlos Colom y Luis Maté del 1 de agosto de 2008 (Anexo D-153).

⁶⁸ Resolución CNEE 144-2008 del 29 de julio de 2008 (Anexo D-136); Resoluciones CNEE 145-2008 y CNEE 146-2008 del 30 de julio de 2008 (Anexo D-145).

⁶⁹ Resolución CNEE 144-2008 del 29 de julio de 2008 (Anexo D-136)

posteriormente también por la CNEE, en relación con: (i) la GJ-Providencia 3121 y (ii) la Resolución CNEE 144 de 2008.

Impugnación por parte de EEGSA de la GJ-Providencia-3121

- [102] EEGSA interpuso una nueva acción de amparo⁷⁰ con fecha 12 de agosto de 2008 en la que impugnó tanto la GJ-Providencia-3121, que disolvió la Comisión Pericial, como “[l]o actuado con posterioridad por la [CNEE], consistente en las resoluciones... [CNEE-144, 145 y 146]”.⁷¹
- [103] En ese amparo EEGSA solicitó, entre otras cosas, que: (i) se dejara en suspenso definitivamente la GJ-Providencia-3121⁷² y lo actuado con posterioridad por la CNEE, esto es, las Resoluciones CNEE 144, 145 y 146; (ii) se ordenara a la CNEE emitir una nueva resolución, en sustitución de la dejada en suspenso, “... garantizando el derecho de defensa y los principios del debido proceso y de legalidad, debiéndose permitir que la Comisión Pericial conformada, apruebe el estudio tarifario presentado por [Bates White]...”; y (iii) se condenara en daños y perjuicios a la CNEE “... a efecto de resarcirla de la seria afectación que ha cometido al violar los derechos constitucionales y legales de la [sic] que es titular la Empresa de Energía Eléctrica de Guatemala S.A., en abierta infracción a la normativa nacional e internacional que ampara su función en el país...”. También pidió que se declarara la “... responsabilidad solidaria que tiene el Estado de Guatemala con la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a fin de resarcir a la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. por los daños y perjuicios que le ha causado...”.⁷³
- [104] Mediante escrito del 24 de agosto de 2008, EEGSA presentó ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil un desistimiento parcial del amparo del 12 de agosto de 2008 en lo relacionado con las resoluciones de la CNEE en las que se aprobó el estudio de Sigla y se fijaron las tarifas de EEGSA para el quinquenio 2008-2013 (Resoluciones CNEE-144, 145 y 146).⁷⁴ En concreto, EEGSA manifestó que “[p]or convenir a mis intereses, por este medio comparezco a presentar DESISTIMIENTO PARCIAL DEL AMPARO [del 12 de agosto de 2008] en relación con las resoluciones emitidas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica [144, 145 y 146]”.⁷⁵ Posteriormente, dicho juzgado emitió, el 25 de septiembre de 2008, una resolución en la que determinó que se tenía por presentado y aprobado el desistimiento parcial interpuesto por EEGSA.⁷⁶

⁷⁰ La descripción de la primera acción de amparo interpuesta por EEGSA contra la GJ-Providencia-3121 se encuentra en el párrafo 93 *supra*.

⁷¹ Acción de Amparo de EEGSA contra la Resolución de la CNEE GJ-Providencia-3121 y las Resoluciones CNEE 144, 145 y 146-2008 del 12 de agosto de 2008 (Anexo D-157).

⁷² EEGSA solicitó que se suspendiera, específicamente, el numeral romano III de la Resolución GJ-Providencia-3121 de fecha 25 de julio de 2008. Ese numeral dispone: “En virtud de haber cumplido con el objeto de su nombramiento, se disuelve en definitiva la Comisión Pericial...”.

⁷³ Acción de Amparo de EEGSA contra la Resolución de la CNEE GJ-Providencia-3121 y las Resoluciones CNEE 144, 145 y 146-2008 del 12 de agosto de 2008 (Anexo D-157).

⁷⁴ EEGSA volvió a interponer un recurso de amparo contra la Resolución CNEE-144. Véase párrafo 110 *infra*.

⁷⁵ Desistimiento parcial de EEGSA del Amparo 37 -2008, del 24 de agosto de 2008 (Anexo D-171).

⁷⁶ Resolución del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil del 25 de septiembre de 2008 (Anexo D-184).

- [105] Mediante sentencia del 31 de agosto de 2009, el Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil, constituido en Tribunal de Amparo, otorgó el amparo solicitado por EEGSA y suspendió los efectos del numeral tercero de la GJ-Providencia-3121, que disolvió la Comisión Pericial, y le ordenó a la CNEE que emitiera una nueva resolución que sustituyera la dejada en suspenso.⁷⁷ El juzgado se refirió a las reglas de funcionamiento que consideró fueron acordadas por EEGSA y la CNEE y determinó que el procedimiento para fijar el nuevo pliego tarifario “[q]uedo [sic] inconcluso con la resolución que emitiera la Comisión Nacional de Energía Eléctrica donde se disuelve la Comisión Pericial...”. Agregó que la CNEE “[incumplió] entonces con las reglas de funcionamiento a las que las partes habían acordado respetar y cumplir... [en violación del] derecho de defensa de la entidad recurrente”.⁷⁸
- [106] El 12 de octubre de 2009, la CNEE presentó un recurso de apelación ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil, constituido en Tribunal de Amparo, contra la sentencia del 31 de agosto de 2009 que suspendió los efectos de la GJ-Providencia-3121.⁷⁹ En esa apelación, solicitó que se revocara en su totalidad la sentencia mencionada en el párrafo anterior.
- [107] El recurso de apelación de la CNEE fue acogido por la Corte de Constitucionalidad, mediante sentencia del 24 de febrero de 2010.⁸⁰ La Corte revocó el amparo otorgado a favor de EEGSA y señaló, entre otras cosas, que:
- a. “[c]omo puede advertirse del análisis de la normativa estudiada, la 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 Comisión Nacional de Energía Eléctrica deben agotar previo a fijar el monto de la tarifa que deberá regir durante cada quinquenio para la prestación del servicio de energía eléctrica...”.
 - b. “... esta Corte advierte que el procedimiento llevado a cabo por ambas partes [la CNEE y EEGSA] hasta antes de que la autoridad impugnada [la CNEE] dispusiera disolver la Comisión Pericial y con base en un estudio realizado de manera independiente, dictar el acto reclamado, fue ceñido a lo regulado en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad...”.
 - c. “... no se advierte, tanto en la Ley que regula la materia, como en su respectivo Reglamento – única normativa aplicable al caso dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente – norma alguna que atribuya a la Comisión Pericial, otra función más allá que la de su pronunciamiento sobre las discrepancias ya diferidas...”.
 - d. “... al haberse agotado su función legal... ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de [la Comisión Pericial]...”.

⁷⁷ Sentencia del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil, Amparo 37-2008 del 31 de agosto de 2009 (D-194).

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Recurso de Apelación de la CNEE contra el Amparo 37-2008, del 12 de octubre de 2009. (Anexo R-22).

⁸⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 24 de febrero de 2010 (Anexo D-206).

e. "... [r]econocerle competencia para emitir una decisión vinculante... resultaría contrario al decantado principio de legalidad... y además, atentatorio del principio de función pública sujeta a la ley..."⁸¹

Impugnación por parte de EEGSA de la Resolución CNEE-144 de 2008

- [108] Mediante escrito del 1º de agosto de 2008, EEGSA interpuso un recurso de revocatoria ante el MEM contra la Resolución CNEE-144 de 2008. En particular, EEGSA solicitó al MEM que revocara la Resolución CNEE-144 y que en su lugar emitiera una resolución que consistiera en "... *aprobar en forma definitiva el estudio tarifario elaborado por la entidad Bates White, debidamente aprobado por la Comisión Pericial, el cual será la base para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente a Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima*".⁸² Adicionalmente, mediante escrito de la misma fecha, EEGSA interpuso recurso de revocatoria contra las Resoluciones CNEE-145 y CNEE-146 de 2008 solicitando que se revocaran las resoluciones impugnadas y que se emitiera una resolución que consistiera en un "... *nuevo pliego tarifario basado en el Valor Agregado de Distribución establecido en el estudio elaborado por la entidad Bates White, entregado con fecha 28 de julio de 2008 a la CNEE y que contiene las modificaciones de acuerdo con lo establecido por la Comisión Pericial*".⁸³
- [109] El 20 de agosto de 2008, el MEM rechazó de plano los recursos de revocatoria interpuestos por EEGSA y afirmó *inter alia* que las resoluciones recurridas no eran susceptibles de ser impugnadas mediante un recurso de revocatoria "... *en virtud que la resolución reclamada no es una actuación gubernativa dirigida hacia un particular propiamente, sino más bien es de carácter general que abarca a todos aquellos que son considerados como consumidores del servicio de distribución final de energía eléctrica, que atiende la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, sin realizar, respecto de éstos particulares distinciones...*".⁸⁴
- [110] Ante el rechazo del MEM de los recursos de revocatoria, el 26 de agosto de 2008, EEGSA interpuso un recurso de amparo contra la Resolución CNEE 144-2008, que aprobó el estudio tarifario elaborado por Sigla. En el recurso EEGSA solicitó que "... *se deje en suspenso definitivamente en cuanto a Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, la resolución CNEE-144-2008...*" y que "... *por derivación, se suspend[an] provisionalmente todas las resoluciones posteriores que pudieran haber sido emitidas por dicha Comisión...*".⁸⁵

⁸¹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 24 de febrero de 2010 (Anexo D-206), páginas 27 y 28, 30-32 y 34, respectivamente.

⁸² Recurso de revocatoria de EEGSA contra la Resolución CNEE 144-2008 del 1º de agosto de 2008 (Anexo D-154).

⁸³ Recursos de revocatoria de EEGSA contra las Resoluciones CNEE 145-2008 y 146-2008 del 1º de agosto de 2008 (Anexo D-155).

⁸⁴ Resolución del MEM rechazando de plano el recurso de revocatoria contra la Resolución CNEE 144-2008 del 20 de agosto de 2008 (Anexos D-167) y Resoluciones del MEM rechazando de plano los recursos de revocatoria contra las Resoluciones CNEE 145-2008 y 146-2008, del 20 de agosto de 2008 (Anexo D-168).

⁸⁵ Acción de Amparo de EEGSA contra la Resolución CNEE 144-2008 del 26 de agosto de 2008 (Anexo D-175).

- [111] Mediante sentencia del 15 de mayo de 2009, el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, constituido en Tribunal de Amparo, concedió a EEGSA el amparo solicitado en contra de la Resolución CNEE-144 de 2008 y dispuso que: "*[n]o afecta al accionante la resolución [CNEE-144]... que constituye el acto reclamado*".⁸⁶
- [112] El 21 de mayo de 2009, la CNEE presentó un recurso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad contra la sentencia del 15 de mayo de 2009 mencionada en el párrafo anterior. La CNEE solicitó que se revocara la totalidad de la sentencia impugnada.⁸⁷
- [113] El 18 de noviembre 2009, la Corte de Constitucionalidad, por mayoría de sus miembros, acogió el recurso de apelación de la CNEE, revocó la sentencia de 15 de mayo de 2009 y rechazó así el amparo concedido a EEGSA por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de lo Civil.⁸⁸
- [114] En esa sentencia, la mayoría de la Corte de Constitucionalidad rechazó el amparo que había sido otorgado a EEGSA con base, principalmente, en el siguiente razonamiento:
- a. "*[c]omo puede advertirse del análisis de la normativa estudiada, la Ley General de Electricidad y su respectivo Reglamento, establecen y definen el procedimiento que tanto las distribuidores de energía eléctrica del país como la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deben agotar previo a fijar el monto de la tarifa que deberá regir durante cada quinquenio para la prestación del servicio de energía eléctrica...*".
- b. "*[e]sta Corte advierte que el procedimiento llevado a cabo por ambas partes [la CNEE y EEGSA] hasta antes de que la autoridad impugnada [la CNEE] dispusiera disolver la Comisión Pericial y con base en un estudio realizado de manera independiente dictar el acto reclamado, fue ceñido a lo regulado en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad...*".
- c. "*[n]i la Ley ni el Reglamento citados contienen precepto alguno que indique otra función de la Comisión Pericial, más allá de su pronunciamiento, el cual con su entrega quedó cumplido; no se percibe... que la actividad pericial debiera mantenerse vigente, por lo que su disolución resultaba ser una consecuencia inocua del agotamiento de su función dictaminadora o asesora para la definición tarifaria encomendada por la Ley General de Electricidad a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. De forma que al haber cumplido la Comisión Pericial con la entrega de su informe y no tener ya ninguna otra intervención legal en el procedimiento ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de la [Comisión Pericial]*".
- d. "*[p]retender que la Comisión Pericial pudiera tener una función dirimente de un conflicto y reconocerle competencia para emitir una decisión*".

⁸⁶ Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, Amparo C2-2008-7964 del 15 de mayo de 2009 (Anexo D-191).

⁸⁷ Recurso de Apelación de la CNEE contra el Amparo C2-2008-7964 del 21 de mayo de 2009 (Anexo R-18).

⁸⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 (Anexo D-198).

vinculante, es contrario al decantado principio de legalidad... y esto resulta porque... la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y de ninguna manera, directa o indirectamente, a una comisión pericial..."

e. "[la Comisión Nacional de Energía Eléctrica], como responsable de aprobar las tarifas... debía seguir el proceso regulado por ley... [s]in embargo, 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".⁸⁹

5. LA VENTA DE LAS ACCIONES DE DECA II

[115] Mediante contrato del 21 de octubre de 2010,⁹⁰ Iberdrola y los demás socios de DECA II vendieron las acciones que tenían en DECA II a EPM, entidad colombiana domiciliada en la ciudad de Medellín y organizada bajo la forma de empresa industrial y comercial del estado, que presta servicios públicos de energía, gas, agua y telecomunicaciones. El precio pagado por las acciones de DECA II, según el citado contrato y la información suministrada por Iberdrola, fue la suma de USD \$605.000.000.⁹¹

[116] La venta incluyó, entre otros activos, la totalidad de las acciones que DECA II tenía en EEGSA y, por lo tanto, la participación indirecta del 39,64% que Iberdrola tenía en EEGSA.⁹²

[117] Según Iberdrola, el precio citado corresponde a las acciones de DECA II, sociedad holding que agrupa a varias empresas,⁹³ pero *"...ni en la oferta vinculante ni en el Contrato de Compraventa se especifica el valor dado por EPM a cada una de las sociedades que forman parte del holding. Es un precio global que cubre la totalidad de las participaciones que DECA II tiene en otras sociedades en Guatemala, incluida EEGSA".⁹⁴*

⁸⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de noviembre de 2009 (Anexo D-198), páginas 20, 22, 25-26, 29 y 31, respectivamente.

⁹⁰ "Stock Purchase Agreement Dated as of October 21, 2010 by and among IBERDROLA ENERGÍA, S.A., TPS DE ULTRAMAR LTD. and EDP - ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. as Sellers, and EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, E.S.P. and EPM INVERSIONES S.A. as Purchasers", aportado en sus aspectos más relevantes (Anexo D-226).

⁹¹ Nota explicativa de Iberdrola al Tribunal Arbitral del 12 de noviembre de 2010, párrafo 13.

⁹² Id., párrafo 1.

⁹³ Según la Nota explicativa de Iberdrola al Tribunal del 12 de noviembre de 2010 DECA II es propietaria de las siguientes participaciones accionariales: un 80,88% en EEGSA; un 99,7% en Almacenaje y Manejo de Materiales Eléctricos, S.A. (AMESA); un 80,88% en Inmobiliaria y Desarrolladora Empresarial de América, S.A. (IDEAMSA); y un 80,88% en el holding local Inversiones Eléctricas Centroamericanas, S.A. (INVELCA). A través de INVELCA, DECA II ostenta además las siguientes participaciones directas o indirectas: un 100% en Comercializadora Eléctrica de Guatemala, S.A. (COMEGSA); un 100% en Transportista Eléctrica Centroamericana, S.A. (TRELEC); un 100% en Credieegsa S.A. (CREDIEEGSA); y, un 85% en Energica S.A. (ENÉRGICA).

⁹⁴ Nota explicativa de Iberdrola al Tribunal Arbitral del 12 de noviembre de 2010, párrafo 14.

[118] La parte que le correspondió a Iberdrola por sus acciones en DECA II fue de USD \$296,45 millones.⁹⁵

[119] Las partes en el Contrato de Compraventa acordaron que las sociedades vendedoras Iberdrola y Teco se reservaban los derechos e intereses derivados de las reclamaciones contra Guatemala.⁹⁶

III. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO DEL PROCESO DE REVISIÓN TARIFARIA EN EL QUINQUENIO 2008-2013

1. INTRODUCCIÓN

[120] La presente controversia se refiere fundamentalmente a la actuación de la Demandada, durante el proceso de revisión y fijación de tarifas de distribución de energía eléctrica de EEGSA para el quinquenio 2008-2013 la cual, de acuerdo con la Demandante, destruyó el valor de su inversión en Guatemala, en violación de las garantías legales y convencionales exigibles.⁹⁷ A continuación se presentan las posiciones de las Partes respecto de los hechos relevantes del proceso de revisión y fijación de tarifas de EEGSA para el quinquenio 2008-2013.

2. POSIBILIDAD DE APARTARSE DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

[121] La Demandante sostiene que en la versión definitiva de los TdR, quedó expresamente consignado que éstos son lineamientos o directrices de los cuales el consultor puede apartarse justificadamente. En particular, la Demandante invocó la sección 1.10 de los TdR, que expresa: “[l]os presentes TdR muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos. De existir variaciones de las metodologías presentadas en los informes del Estudio, las mismas deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio”.⁹⁸

[122] Agrega la Demandante que en los TdR quedó consignado un mecanismo de “autocorrección”, de forma que si los requerimientos de los TdR resultaban no ser adecuados para la consecución de los objetivos de la LGE, o el VAD que surgiera del estudio no correspondía al de una empresa eficiente, el consultor podía apartarse de los TdR para ser consistente con los objetivos de la LGE.⁹⁹

[123] En esta línea de pensamiento, la Demandante resalta que la función de la CNEE de revisar cada cinco años la metodología empleada para la determinación de las tarifas debe entenderse circunscrita a los Artículos 71 a

⁹⁵ Id., párrafo 15.

⁹⁶ Id., párrafo 16.

⁹⁷ Memorial, párrafo 1.

⁹⁸ Id., párrafo 271.

⁹⁹ Réplica, párrafo 164.

73 de la LGE¹⁰⁰ y que los TdR no pueden predeterminar el resultado del estudio del VAD pues "... ello equivaldría a derogar por vía de hecho la función que la LGE atribuye al distribuidor a través de su consultor precalificado: calcular el VAD y elaborar el estudio".¹⁰¹

[124] En breve, la Demandante alega que contrariamente a lo que sostiene la República de Guatemala, "... los TdR no son mandatos imperativos, sino lineamientos o directrices de los que el consultor puede apartarse justificando las variaciones...".¹⁰²

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

[125] La Demandada considera que los TdR, una vez que han quedado en firme, "... constituyen 'mandato imperativo' para el consultor a fin de calcular el VAD".¹⁰³

[126] La Demandada resalta que los TdR son comunicados al distribuidor al menos doce meses antes de la fecha de entrada en vigencia de las tarifas para el futuro quinquenio. Si el distribuidor considera que los TdR no se ajustan a los criterios de la LGE o del Reglamento, puede objetarlos por medio de un recurso administrativo de revocatoria, y si se rechazara el recurso, podría recurrir a la vía judicial para impugnarlos. Según la Demandada, una vez confirmada su validez judicialmente, los TdR quedan en firme y su contenido no puede ser modificado posteriormente.¹⁰⁴

[127] En esta línea de razonamiento, la Demandada señala que EEGSA aceptó la metodología establecida en los TdR, a pesar de tener recursos a su disposición para impugnarlos, por lo que los TdR en firme eran de "... cumplimiento obligatorio y ni el distribuidor ni su consultor [podían] apartarse de ellos...".¹⁰⁵

[128] La Demandada agrega que, contrariamente a lo alegado por Iberdrola, el punto 1.10 de los TdR no podía de ninguna manera servir para eliminar la potestad legal de la CNEE de definir la metodología para el cálculo del VAD. Para la Demandada, el argumento de Iberdrola "... hace de los Términos de Referencia una suerte de recomendación sin ninguna obligatoriedad que el distribuidor y su consultor podían ignorar a su libre arbitrio sin consultar con la CNEE. Dicha interpretación le permitiría establecer una tarifa sin ningún control de la entidad reguladora".¹⁰⁶

¹⁰⁰ Para el texto de los artículos, ver Sección II(2) *supra*.

¹⁰¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 63.

¹⁰² Réplica, párrafo 163.

¹⁰³ Dúplica, Sección 2(a), página 126.

¹⁰⁴ Id., párrafos 312 y 313.

¹⁰⁵ Id., párrafos 313 y s.s.

¹⁰⁶ Id., párrafo 330.

3. CONTRATACIÓN DE SIGLA

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [129] La Demandante sostiene que, de conformidad con los Artículos 74 y 76 de la LGE, la participación del distribuidor para la determinación del VAD es imprescindible. En efecto, la Demandante considera que *"... la participación del distribuidor conlleva una competencia exclusiva para el cálculo del VAD"*.¹⁰⁷
- [130] Así, la Demandante alega que la LGE no contempla, ni tan siquiera sugiere, que el VAD pueda ser calculado por otra persona que no sea el distribuidor por medio de su consultor, ni que la CNEE pueda usar un VAD distinto al del estudio encargado por el distribuidor y revisado, en su caso, según la resolución de la Comisión Pericial.¹⁰⁸
- [131] En contra de la posición esgrimida por la República de Guatemala, la Demandante niega que la CNEE estuviera obligada a contar con un estudio paralelo al del distribuidor.¹⁰⁹ Agrega la Demandante que *"Guatemala reconoce expresamente que esta supuesta "obligación" de disponer de un estudio independiente no existía antes de la reforma del RLGE de 2007. La presentación que realizaba la CNEE del marco regulatorio guatemalteco, de hecho, no preveía ningún "estudio paralelo"*.¹¹⁰
- [132] La Demandante aclara que con la nueva redacción del Artículo 98 del RLGE, se introdujo una modificación según la cual ante la situación extraordinaria de que el distribuidor no envíe el estudio de su consultor o no lo corrija cuando proceda, la CNEE tendría la facultad de basarse en un estudio tarifario propio o realizar ella misma las correcciones al presentado por el distribuidor.¹¹¹ Según la Demandante, en el presente caso no se produjo *"... el supuesto extraordinario de omisión previsto como condición de la facultad de la CNEE para realizar un estudio propio"*.¹¹²
- [133] Por último, la Demandante resalta que *"... Guatemala crea la apariencia de que existía una fecha límite inexorable para la entrada en vigor de las nuevas tarifas"*¹¹³ cuando lo cierto es que la CNEE no tenía ninguna obligación de publicar el nuevo pliego tarifario antes del vencimiento del pliego anterior, esto es, antes del 1º de agosto de 2008, ya que la LGE prevé expresamente una solución para el caso de que el nuevo pliego tarifario no esté publicado para dicha fecha: se prorroga el pliego vigente.¹¹⁴

¹⁰⁷ Réplica, párrafo 547.

¹⁰⁸ Memorial, párrafo 226.

¹⁰⁹ Réplica, párrafos 103 y 104.

¹¹⁰ Id., párrafo 108.

¹¹¹ Id., párrafo 113.

¹¹² Id., párrafo 116.

¹¹³ Id., párrafo 88

¹¹⁴ Id., párrafo 91

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [134] La República de Guatemala, por el contrario, manifiesta que en virtud del Artículo 5 de la LGE y del 32 del RLGE, la CNEE siempre estuvo facultada para hacer un estudio paralelo. Agrega que a partir de la reforma del 2007 al Artículo 98 del Reglamento, esa facultad se convirtió en una obligación reglada, pues se eliminó toda discrecionalidad de los Directores de la CNEE al respecto y se aseguró al máximo el carácter técnico del análisis por parte del ente regulador.¹¹⁵
- [135] Para la Demandada, la objeción de Iberdrola a que la CNEE cuente con su propio estudio paralelo no tiene ninguna justificación desde el punto de vista técnico: *"... la función de definir las tarifas por parte de la CNEE tiene que ser realizada conforme a los lineamientos técnicos establecidos en la LGE. La LGE dispone que sea el distribuidor el que, en primera instancia, realice el estudio tarifario del VAD y acuerda a la CNEE la facultad de observar, aprobar o desaprobado dicho estudio. Es evidente que sería muy difícil para la CNEE poder realizar su tarea fiscalizadora sin tener una referencia técnica para comparar los valores que presenta el distribuidor en su estudio..."*.¹¹⁶
- [136] Adicionalmente, la Demandada sostiene que la obligación de realizar un estudio tarifario paralelo *"... respondió a la práctica regulatoria usual en Latinoamérica, buscó corregir falencias de la revisión tarifaria anterior y fue consistente con los objetivos de eficiencia y competitividad que persigue la LGE"*.¹¹⁷
- [137] La Demandada agrega que la necesidad de la CNEE de contar con un estudio paralelo también encuentra respaldo en el Artículo 99 del RLGE (según fue modificado en el 2003), conforme al cual la CNEE debe *"... 'emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata' si por cualquier motivo no existe un pliego tarifario vigente al momento del vencimiento de los pliegos..."*.¹¹⁸
- [138] Por último, la Demandada afirma que *"[I]a queja de Iberdrola es infundada y extemporánea"*¹¹⁹ y que si el argumento de Iberdrola *"... fuera legítimo y sus garantías se hubieran visto vulneradas, no es creíble que EEGSA o Iberdrola no hubieran realizado ninguna objeción o impugnación a las reformas reglamentarias de 2003 o 2007"*.¹²⁰

¹¹⁵ Dúplica, párrafo 262.

¹¹⁶ Id., párrafo 263.

¹¹⁷ Id., párrafo 269.

¹¹⁸ Memorial de Contestación, párrafo 508.

¹¹⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, Sección 3, página 34.

¹²⁰ Id., párrafo 81.

4. NATURALEZA VINCULANTE O NO VINCULANTE DEL INFORME DE LA COMISIÓN PERICIAL

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

[139] La Demandante sostiene que el pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante y de obligatorio cumplimiento tanto para el distribuidor, cuyo consultor debe corregir el estudio del VAD en lo que sea necesario para ajustarlo al informe de la Comisión Pericial, como para la CNEE, que debe aprobar el estudio del VAD una vez que ha sido corregido, según el pronunciamiento de la Comisión Pericial, y fijar las tarifas con base en el mismo.¹²¹

[140] Según la Demandante, una de las garantías básicas que ofreció el Gobierno a los inversores en el proceso de reestructuración del sector eléctrico en Guatemala fue la "... resolución de las eventuales discrepancias con el regulador por un órgano técnico neutral, la Comisión Pericial".¹²²

A este respecto, la Demandante hizo referencia principalmente a:

- a. **Las giras de promoción o "roadshows"** que se realizaron para inducir a los inversores internacionales a invertir en Guatemala, en los que se hizo hincapié en el nuevo marco regulatorio.¹²³
- b. **El Memorándum Informativo de Venta**, que acompañaba al texto de la LGE y su Reglamento, y que indicaba que la CNEE "... revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará a una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias".¹²⁴
- c. **El Contrato de Autorización**, en particular sus cláusulas novena, decimoséptima y vigésima, en las que se estipulaba, respectivamente, que el MEM no tomaría acciones que impidan o afecten materialmente el objeto de la autorización; que el MEM se obligaba de manera expresa a respetar el marco regulatorio, como parte de los compromisos asumidos frente a EEGSA, y que se entienden incorporadas al Contrato todas las Leyes, Reglamentos y normas aplicables vigentes al momento de su suscripción.¹²⁵

[141] La Demandante resumió su posición respecto a esta materia haciendo referencia principalmente a:

- a. **El sentido propio de las palabras de los Artículos 75 de la LGE y 98 del RLGE**, en particular, la locución "[l]a Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias": la combinación de los vocablos "Comisión Pericial"

¹²¹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 84.

¹²² Memorial, párrafo 69.

¹²³ Id., párrafo 33.

¹²⁴ Id., párrafo 40.

¹²⁵ Id., párrafos 44 – 46. La Demandante también hace referencia al Memorándum Preliminar (Anexo D-15), a los Términos de Referencia para la venta de EEGSA (Anexo D-19) y al Esquema Organizacional y Plan de Trabajo Propuesto (Anexo D-29). Véase: Memorial, párrafos 29 y s.s. y Réplica, párrafos 494 y s.s.

con "se pronunciará sobre las discrepancias"; y el uso del término "partes" para hacer referencia al distribuidor y a la CNEE;¹²⁶

- b. **El contexto del Artículo 75 de la LGE**, ya que "[e]ntre el artículo 75, donde se regula qué ocurre si hay discrepancias sobre el Estudio del VAD y el art. 76, donde se dice de forma imperativa que la CNEE "usará" ese VAD para estructurar y fijar las tarifas, no hay ninguna fase intermedia...";¹²⁷
- c. **El carácter técnico de la Comisión Pericial**, pues "... la alternativa a que la Comisión Pericial sea quien resuelva las discrepancias es que el distribuidor tenga que acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo frente a la decisión que adopte la CNEE (cuando ello no se vea imposibilitado por el actuar del MEM como ocurrió en el caso presente), para que ellos resuelvan cuestiones altamente técnicas en procesos con varias instancias que pueden durar varios años. Para un proceso de revisión tarifaria que se produce cada cinco años esta solución no es factible. Ningún negocio, ni usuario, soportaría tal inestabilidad en el sistema de tarifas";¹²⁸
- d. **La asignación de funciones que realizan la LGE y el RLGE en el procedimiento de determinación de tarifas y su efecto útil**, que perderían todo sentido "... si se siguiera la interpretación de Guatemala acerca de las funciones de la Comisión Pericial... En efecto, si la CNEE fuese la que zanjara las discrepancias que surgieran entre el distribuidor y ella misma, la función asignada al consultor contratado por el distribuidor de realizar el estudio y la facultad que se le otorga de discrepar, quedarían vacías de contenido. ¿Qué sentido tendría discrepar con una observación de la CNEE si finalmente fuese la propia CNEE la que decidiese si prevalecía su propia observación?";¹²⁹
- e. **La finalidad de las normas**, ya que "... si la decisión de la Comisión Pericial no fuese vinculante se rompería todo el procedimiento cuidadosamente balanceado que establece la LGE y el RLGE, permitiendo a la CNEE lograr la plena discrecionalidad en la fijación de las tarifas que la reforma del sistema eléctrico de Guatemala pretendía justamente evitar";¹³⁰
- f. **Los actos propios de Guatemala**, en la medida en que "... la interpretación actual de Guatemala no fue la interpretación que se presentó a los inversores y que defendió la CNEE y todos los demás miembros del sector hasta esta última revisión tarifaria..." según consta en: (i) el Memorándum Informativo de Venta, en el que se informó inequívocamente que la Comisión Pericial era un órgano que resolvería las discrepancias entre el distribuidor y la CNEE; (ii) los términos de referencia del año 2003, aprobados por la CNEE para la revisión tarifaria anterior, en los que se establecía claramente que "... [e]s sobre estas diferencias intermedias, que constituyan discrepancias formuladas por escrito, sobre las que se pronunciará la Comisión Pericial a que se refiere el artículo 75 de la Ley, en el caso eventual de que, al final del proceso de revisión tarifaria,

¹²⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafos 88 – 94.

¹²⁷ Id., párrafo 95.

¹²⁸ Id., párrafo 96.

¹²⁹ Id., párrafos 98 y 99.

¹³⁰ Id., párrafo 100.

*subsistiesen diferencias entre la CNEE y la DISTRIBUIDORA, que tuviesen que ser conciliadas por parte de la Comisión Pericial anteriormente mencionada"; (iii) los propios TdR aprobados por la CNEE en el año 2007-2008, que indicaban que estos eran lineamientos de los que el distribuidor podía apartarse y que el distribuidor no tenía la obligación de incorporar todas las observaciones de la CNEE, ya que sería "... una inconsistencia permitir al distribuidor apartarse de los TdR y discrepar de las observaciones de la CNEE para después afirmar que la función de la Comisión Pericial es la de emitir una opinión sobre si el distribuidor se había apartado o no de los TdR..."; y (iv) el entendimiento de la propia Comisión Pericial de que su papel era "dirimir" las controversias entre la CNEE y EEGSA;*¹³¹

- g. **La interpretación de la LGE y del RLGE antes de la modificación del Artículo 98 del RLGE del año 2007**, ya que el sistema preveía entonces que *"... mientras el distribuidor no enviara el Estudio o no realizara las correcciones, no se aprobarían las nuevas tarifas y se mantendrían las anteriormente aprobadas".* Dichas correcciones serían *"... las derivadas de las observaciones de la CNEE que el distribuidor/consultor acepte y, en caso de discrepancias, las correcciones que ordene la Comisión Pericial".*¹³²

[142] Adicionalmente, la Demandante alega que la Comisión Pericial es un órgano independiente e imparcial. Al respecto, resalta que *"... la composición de los miembros de la Comisión Pericial fue acordada atendiendo a la conveniencia de que emitiera sus pronunciamientos sobre las discrepancias formuladas en el plazo relativamente breve acordado por las partes (inferior al plazo ya relativamente breve fijado por la Ley de sesenta días hábiles) y que resolviera las discrepancias con suficiente conocimiento de la compleja materia, pero con la independencia e imparcialidad que le daba el nombramiento del tercer perito. La afirmación de la CNEE sobre el carácter parcial de la Comisión Pericial y la falta de independencia de sus miembros queda por tanto desmentida".*¹³³

[143] Por otro lado, y en lo que concierne a las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en las que se determinó que el informe de la Comisión Pericial no es de naturaleza vinculante, la Demandante señala *inter alia* que *"... la decisión de la Corte es equiparable a una decisión sin motivación y, por lo tanto, sin valor en el plano internacional".*¹³⁴

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

[144] En contra de la posición esgrimida por la Demandante, la Demandada alega que la Comisión Pericial prevista en el Artículo 75 de la LGE es un órgano técnico de existencia contingente cuyo pronunciamiento carece de efecto vinculante para la determinación del VAD y de las tarifas.¹³⁵

[145] En primer lugar, al hacer referencia al Memorándum Informativo de Venta invocado por Iberdrola, la Demandada resalta que ese documento fue

¹³¹ Id., párrafo 102.

¹³² Id., párrafos 104 y 105.

¹³³ Réplica, párrafo 143.

¹³⁴ Memorial, párrafo 456.

¹³⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, página 40.

preparado por banqueros y que en el mismo Memorándum se explicó que carecía de valor vinculante: “[n]inguna información contenida en este Memorándum es o debe ser considerada como una promesa o manifestación sobre el futuro”.¹³⁶

[146] La Demandada resumió su posición respecto a esta materia en su Escrito Posterior a la Audiencia, en el que hizo referencia principalmente a:

- a. La ausencia en la legislación de alguna disposición específica que confiera carácter vinculante al pronunciamiento de la Comisión Pericial;
- b. El uso del vocablo pronunciarse en el Artículo 75 de la LGE que, según el diccionario de la RAE, en su acepción pronominal significa “*declararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo*” y según el diccionario panhispánico de dudas de la RAE “*manifestar la opinión sobre algo*”;
- c. El uso del vocablo “pericial” en el Artículo 75 de la LGE el cual deriva de perito, y que, de nuevo según el diccionario de la RAE, significa “*persona que poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos y técnicos o prácticos informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia*”;
- d. Las potestades y responsabilidades de la CNEE en materia de aprobación de tarifas (Artículos 61 y 71 de la LGE y 3, 82 y 99 de su Reglamento) y del VAD (Artículos 60 de la LGE y 83, 92, 98, 3° párrafo, y 99 del Reglamento), como órgano regulador responsable de cumplir y hacer cumplir la ley (Artículo 4 de la LGE) y responsable de su aplicación (Artículo 3 del Reglamento);
- e. El hecho de que la LGE haya sido redactada tomando como modelo la ley de electricidad de Chile, la cual no contemplaba, ni contempla aún hoy, el mecanismo de Comisión Pericial vinculante para el cálculo del VAD; y
- f. La naturaleza consultiva del dictamen de los peritos según el ordenamiento procesal civil guatemalteco.¹³⁷

[147] La Demandada también hace alusión a que “... Iberdrola [habla] de una Comisión Pericial independiente e imparcial”, y agrega que “... la Comisión Pericial se conformó con dos consultores de las partes y un presidente. Ambos consultores, en particular el Ing. Giacchino, tenían lazos comerciales a (sic) las partes que los nombraron. El Presidente Bastos había hecho un trabajo para EEGSA poco tiempo antes...”. Concluye afirmando que la CNEE jamás hubiera aceptado una Comisión Pericial con carácter vinculante que tuviera a los Ingenieros Bastos o Giacchino entre sus integrantes.¹³⁸

[148] Guatemala agrega que a la Demandante “... no le bastaría con demostrar que el pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante... Debería también acreditar que la tarea de la Comisión Pericial no es solo

¹³⁶ Dúplica, párrafo 273.

¹³⁷ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, página 40.

¹³⁸ Dúplica, párrafos 426 – 429.

*pronunciarse sobre las discrepancias, sino también y en un segundo momento, aprobar el estudio tarifario presentado por el distribuidor. Es decir, aunque el informe de la Comisión Pericial fuera vinculante, que no lo es, lo podría ser únicamente en relación con la tarea que la LGE encomienda a la Comisión Pericial, que es solo pronunciarse sobre discrepancias...".*¹³⁹

- [149] La Demandada opina que la naturaleza vinculante o no de la Comisión Pericial ya fue resuelta por la Corte de Constitucionalidad, que resaltó que "[p]retender 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... y esto resulta porque... la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y de ninguna manera, directa o indirectamente, a una comisión pericial...".¹⁴⁰

5. LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN PERICIAL

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [150] Según la Demandante, al discutir sobre las reglas de funcionamiento que se aplicarían a la Comisión Pericial, la CNEE y EEGSA llegaron a un acuerdo sobre doce reglas de funcionamiento de esa comisión. En particular, la Demandante resalta que acordaron que la Regla No. 12 expresa lo siguiente "[I]a Distribuidora informará a su consultora del pronunciamiento de la Comisión Pericial, quien deberá realizar todos los cambios solicitados en el pronunciamiento de la [Comisión Pericial] y remitir la nueva versión a la [Comisión Pericial] para su revisión y aprobación".¹⁴¹
- [151] La Demandante afirma que las doce reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial convenidas por EEGSA y la CNEE "... tienen la naturaleza y el alcance de un acuerdo entre las partes, que complementa el acuerdo de constitución de la Comisión Pericial".¹⁴²
- [152] Agrega la Demandante que la misma Comisión Pericial reconoció el acuerdo de EEGSA y la CNEE sobre las doce reglas de funcionamiento y las aceptó como propias, al incorporarlas a su informe, en el que agrupó todos sus pronunciamientos sobre las discrepancias.¹⁴³
- [153] Asimismo, la Demandante mantiene que en el contrato que firmaron Carlos Bastos, el tercer integrante de la Comisión Pericial, y la CNEE, se incorporaron por referencia las doce reglas de funcionamiento.¹⁴⁴
- [154] Por último, la Demandante manifiesta que ante las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial que fueron acordadas por la CNEE y por EEGSA, "... cualquier observador imparcial diría que: (i) el informe de la Comisión Pericial es "final" y por tanto definitivo, i.e., no caben segundas opiniones

¹³⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafo 97.

¹⁴⁰ Memorial de Contestación, párrafos 403 y 408.

¹⁴¹ Memorial, párrafos 316 y 317.

¹⁴² Id., párrafo 316.

¹⁴³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 150.

¹⁴⁴ Id., párrafo 151.

*respecto a lo resuelto por la Comisión Pericial; (ii) las partes (EEGSA - CNEE) han acordado que la Comisión Pericial debe revisar el estudio corregido de la empresa distribuidora y por tanto; (iii) de las reglas se desprende que [el] estudio revisado es el que debe utilizarse para la fijación de las tarifas."*¹⁴⁵

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [155] Por el contrario, la Demandada alega que no es cierto que las doce reglas de funcionamiento referidas por Iberdrola fueron aceptadas por la CNEE y afirma que la Demandante se basa en un borrador de las Reglas discutidas por las Partes. En particular, en cuanto a la Regla 12, la Demandada mantiene que "*[l]a razón principal para la oposición de la CNEE era que ni la LGE ni el Reglamento preveían un acto adicional luego del pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre las discrepancias... Aceptar que la Comisión Pericial revisara el informe corregido por el distribuidor y confirmara si se ajustaba a su pronunciamiento, hubiera significado invertir los roles de la CNEE y la Comisión Pericial"*.¹⁴⁶
- [156] En esta línea, la Demandada afirma que EEGSA y la CNEE no podían haber acordado unas reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial que fueran contrarias a la LGE y al RLGE ya que "*... ninguna regla de funcionamiento (y mucho menos unas que no habían pasado de la etapa de discusión entre las partes) podían reformar la letra y espíritu de la LGE, el Reglamento o los Contratos..."*.¹⁴⁷
- [157] En adición a lo anterior, la Demandada sostiene que EEGSA era consciente de que nunca llegó a un acuerdo con la CNEE respecto de las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial pues Miguel Calleja, el antiguo gerente de Planificación, Control y Regulación de EEGSA, remitió a Carlos Bastos, a espaldas de la CNEE, un borrador de las Reglas como si las mismas hubiesen sido el resultado de un acuerdo oficial entre la CNEE y EEGSA. Al respecto, la Demandada señala que: "*¿[s]i Calleja entendía tales reglas como un verdadero acuerdo de partes, por que [sic] motivo tomó la decisión de remitir[las] sin copiar a la CNEE?"*.¹⁴⁸
- [158] En alusión al argumento de Iberdrola respecto de la incorporación por referencia de las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial al contrato de Carlos Bastos con la CNEE, la Demandada resalta, que en las Audiencias, el Ingeniero Bastos admitió que las reglas de funcionamiento que estaban incorporadas a su contrato no fueron producto de un acuerdo de la CNEE y EEGSA.¹⁴⁹
- [159] Agrega la Demandada que Iberdrola, erróneamente y sin fundamento legal alguno, pretende limitar las funciones de la CNEE con respecto al VAD a "*ciertas facultades de control o supervisión*", cuando en realidad la CNEE tiene, entre otras, la potestad de definir la metodología de cálculo de las

¹⁴⁵ Memorial, párrafo 318.

¹⁴⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafos 174 y 175.

¹⁴⁷ Memorial de Contestación, párrafo 275.

¹⁴⁸ Id., párrafo 274.

¹⁴⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafo 183.

tarifas y las tarifas de distribución en sí mismas, según consta en los Artículos 71 a 77 de la LGE.¹⁵⁰

- [160] Por último, la Demandada reitera que la Corte de Constitucionalidad ya puso fin al debate al determinar que, una vez que la Comisión Pericial emite su informe final, el ordenamiento no prevé ninguna otra función adicional.¹⁵¹

6. LA DISOLUCIÓN DE LA COMISIÓN PERICIAL

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [161] En cuanto a la disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE mediante la Providencia GJ-3121, la Demandante mantiene que “[I]a CNEE disolvió unilateral e intempestivamente la Comisión Pericial e impidió a su perito [Bates White] completar la misión encomendada”.¹⁵²

- [162] Según la Demandante, “[u]na Comisión que según la Ley (art. 75 LGE) debe ser constituida por acuerdo de las dos partes (aunque una sea el regulador y otra el regulado), no puede ser disuelta por la voluntad unilateral de una de ellas. Ningún precepto de la LGE autoriza a la CNEE ni a constituir ni a disolver unilateralmente la Comisión Pericial. En relación a la Comisión Pericial, que es un órgano creado por la LGE, la CNEE es sólo una parte”.¹⁵³

- [163] Asimismo, la Demandante resalta que la Comisión Pericial no había aún revisado y aprobado el estudio del consultor, una vez modificado, para ajustarlo a sus pronunciamientos, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 12, y que la providencia de la CNEE que disolvió la Comisión Pericial conllevó una violación directa de las reglas de funcionamiento acordadas entre la CNEE y EEGSA.¹⁵⁴ Así, para la Demandante, la disolución unilateral de la Comisión Pericial constituyó un “... abuso de autoridad manifiesto”.¹⁵⁵

- [164] Por último, según los fallos favorables que obtuvo EEGSA al impugnar la GJ-Providencia-3121,¹⁵⁶ la Demandante agrega que los mismos tribunales guatemaltecos dieron la razón a EEGSA al afirmar que “... la disolución unilateral de la Comisión Pericial... [supone] una violación del derecho de defensa de EEGSA y de los principios de debido proceso y legalidad”.¹⁵⁷

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [165] La República de Guatemala sostiene que la Comisión Pericial fue disuelta por la CNEE en concordancia con la LGE y el RLGE, y luego de que cumpliera con su mandato legal de emitir su pronunciamiento.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Dúplica, párrafos 247 – 258.

¹⁵¹ Id., párrafo 238, inciso c.

¹⁵² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, Sección 4.3, página 43.

¹⁵³ Id., párrafo 155.

¹⁵⁴ Memorial, párrafos 341 – 343.

¹⁵⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 155.

¹⁵⁶ Véase hechos narrados en la Sección II(4) *supra*.

¹⁵⁷ Memorial, párrafo 423.

¹⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafos 298 y 299.

- [166] La Demandada sustenta su argumento de que la Comisión Pericial fue disuelta una vez cumplido su mandato legal, reiterando que "*[l]os artículos 75 de la LGE y 98 del Reglamento estipulan que con la entrega del pronunciamiento sobre las discrepancias queda cumplida la función de la Comisión Pericial*". Agrega la Demandada que, además, esta posición es "... consistente con las funciones encomendadas a la Comisión Pericial en el Acta de Nombramiento que la posesionó en el cargo".¹⁵⁹
- [167] En el mismo sentido, la Demandada resalta que la CNEE dispuso en la GJ-Providencia 3121 que se debía disolver la Comisión Pericial "... en virtud de haber cumplido con el objeto de su nombramiento".¹⁶⁰
- [168] Por último, la Demandada manifiesta que la Corte de Constitucionalidad determinó que la normativa guatemalteca "... no otorga a la Comisión Pericial otra función que la de pronunciarse sobre las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor... [l]a disolución de la Comisión Pericial cuando ésta ya había emitido su pronunciamiento no puede causar agravio a EEGSA...".¹⁶¹

7. RECHAZO DEL ESTUDIO DE BATES WHITE Y FIJACIÓN DE LAS TARIFAS CON BASE EN EL ESTUDIO DE SIGLA

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [169] La Demandante considera que la CNEE, al rechazar el estudio de Bates White, aprobar el de Sigla y fijar las tarifas con base en el segundo, actuó en violación de la LGE y del RLGE.¹⁶²
- [170] En primer lugar, la Demandante retoma el hecho de que mediante el Acuerdo Gubernativo No. 68 de 2007 se modificó el Artículo 98 del RLGE de forma que "[e]n caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora".¹⁶³ Al respecto, la Demandante señala que no objetó dicho Acuerdo Gubernativo ya que "EEGSA no contemplaba incurrir en ninguno de esos supuestos de omisión...".¹⁶⁴
- [171] En segundo lugar, la Demandante resalta que la CNEE basó el rechazo del estudio de Bates White, corregido según los pronunciamientos de la Comisión Pericial, en que el consultor omitió "... hacer la corrección de la totalidad de las observaciones realizadas por la CNEE".¹⁶⁵ La Demandante considera que este argumento se contrapone directamente con lo dispuesto en la LGE y el RLGE, ya que "... tanto la LGE como el RLGE reconocen y garantizan el derecho de la distribuidora de disentir con el ente regulador. De lo contrario, no existiría la posibilidad de discrepancias entre la CNEE y el

¹⁵⁹ Id., párrafo 298.

¹⁶⁰ Id., párrafo 299.

¹⁶¹ Dúplica, párrafo 239.

¹⁶² Memorial, párrafos 377 y s.s.

¹⁶³ Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 19 de mayo del 2008 (Anexo R-48).

¹⁶⁴ Memorial, párrafo 254.

¹⁶⁵ Id., párrafo 651.

*distribuidor, y por ende la posibilidad de la conformación de una Comisión Pericial. La forma de disentir es no aceptar las observaciones de la CNEE y explicar por qué no se hace una determinada corrección".*¹⁶⁶

[172] Según lo anterior, la Demandante alega que *"... el distribuidor no está obligado a realizar correcciones ni, mucho menos, a 'hacer la corrección a la totalidad de las observaciones' de la CNEE, que es un supuesto de hecho que se inventa la CNEE para descartar el estudio de Bates White"*.¹⁶⁷

[173] En adición a lo expuesto, la Demandante precisa que el Artículo 98 en su versión modificada contempla dos supuestos distintos: (i) la omisión del distribuidor de enviar el estudio previsto en el Artículo 74 de la LGE cuatro meses antes de la entrada en vigor de las nuevas tarifas; y (ii) la omisión del distribuidor de enviar las correcciones pertinentes a dicho estudio.¹⁶⁸ Para la Demandante las consecuencias en cada caso son distintas: *"[e]n el caso de omisión de presentar el estudio, la CNEE podrá encargarse de estudiar el estudio tarifario para usarlo como base del nuevo pliego tarifario; en caso de omisión de entregar (sic) las correcciones al estudio, la CNEE queda habilitada para hacerlas ella misma"*.¹⁶⁹ La Demandante concluye este punto afirmando que *"[l]a Resolución 144-2008 de la CNEE tiene fecha de 29 de julio de 2009, posterior a la entrega del estudio tarifario de Bates White corregido según los pronunciamientos de la Comisión Pericial, por lo que es meridianamente claro que la CNEE no puede basarse en ninguno de los dos supuestos del 98 del Reglamento de LGE (no entrega del estudio o de las correcciones [sic] pertinentes), ni para descartar el estudio de Bates White (como hizo), ni para corregirlo"*.¹⁷⁰

[174] En opinión de la Demandante, la interpretación de la CNEE del Artículo 98 del RLGE suprime de plano el derecho del distribuidor a discrepar: *"... el distribuidor debe incluir correcciones acatando todas las observaciones de la CNEE a su estudio; de lo contrario, la consecuencia no es, como prevé la LGE (art.75) que se generan discrepancias que la Comisión Pericial debe resolver, sino que el supuesto de hecho del artículo 98 del RLGE se cumpliría y la CNEE quedaría legitimada para ignorar el estudio del distribuidor y aprobar el suyo propio"*.¹⁷¹

[175] Por otro lado, la Demandante resalta que la aprobación del estudio de Sigla para fijar las tarifas de EEGSA en el 2008 se produjo en las siguientes circunstancias:

"Durante todo el proceso de revisión tarifaria EEGSA no tuvo acceso alguno a la información que la CNEE suministraba a Sigla, ni forma alguna de conocerla.

La CNEE no dio en ningún momento audiencia a EEGSA para consultar el trabajo que estaba desarrollando Sigla en el cálculo de su VAD.

¹⁶⁶ Id., párrafo 388.

¹⁶⁷ Id., párrafo 389.

¹⁶⁸ Id., párrafo 383.

¹⁶⁹ Id., párrafo 384.

¹⁷⁰ Id., párrafo 392.

¹⁷¹ Id., párrafo 657.

EEGSA no tuvo acceso ni a los informes de Etapa ni al Estudio final de Sigla antes de que la CNEE aprobara la Resolución CNEE-144-2008...

Antes de proceder a la aprobación del Estudio de Sigla, la CNEE no había ni siquiera contrastado el Estudio final de Sigla con el Estudio de Bates White de 28 de julio de 2008...".¹⁷²

- [176] La Demandante también alega que al aprobar el estudio de Sigla, la CNEE no solo descartó el Estudio de Bates White de 5 mayo de 2008, sino que además ignoró el del 28 de julio de 2008, que se ajustaba a los pronunciamientos de la Comisión Pericial.¹⁷³
- [177] La Demandante agrega que el estudio de Sigla no tuvo, en absoluto, en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Pericial en relación con el cálculo del VAD de EEGSA.¹⁷⁴
- [178] La Demandante manifiesta que, además, el estudio de Sigla no es independiente ya que: (i) esa compañía está precalificada por la CNEE; (ii) es contratada por la CNEE; (iii) su estudio se basa en los Términos de Referencia redactados por la CNEE; (iv) Sigla recibe todas sus instrucciones de la CNEE; (v) recibe toda la información que la CNEE tenga a bien entregarle; (vi) su informe es revisado por la CNEE; (vii) Sigla recibe observaciones de la CNEE; y, (viii) en caso de discrepancias con la CNEE, no existe un mecanismo para acudir a un tercero, como la Comisión Pericial.¹⁷⁵
- [179] En relación con lo anterior, la Demandante hace referencia a la "*insinuación de Guatemala*" de que la visita del señor Gonzalo Pérez, en su calidad de Presidente de EEGSA, a los Directores de la CNEE prueba que "*... los valores presentados por el consultor de EEGSA no correspondían a la realidad económica de un VAD eficiente y que EEGSA tomaba dichos valores como un punto de partida para una eventual negociación de la tarifa con la CNEE*".¹⁷⁶ Iberdrola sostiene que "*[I]as tarifas que resultan del procedimiento previsto en la LGE y del estudio tarifario son precios máximos. Nada impide a la distribuidora acordar con el regulador un precio más bajo o un ajuste paulatino del precio, de modo que, si tiene que producirse una subida, ésta se aplique al menos de forma gradual*".¹⁷⁷
- [180] La Demandante sostiene que la CNEE, al descartar el estudio de Bates White y aprobar el de Sigla, actuó de manera arbitraria ya que "*[a]ún si la decisión de la Comisión Pericial sobre las discrepancias no fuera vinculante para [EEGSA] y la CNEE, eso no quiere decir que ésta pueda descartar sin más el estudio del distribuidor... al descartar el estudio de Bates White y aprobar el estudio alternativo de Sigla, la CNEE no dio razones de fondo, sino de procedimiento, alegando en su Resolución 144-2008 que EEGSA había incurrido en la omisión contemplada en el artículo 98 del RLGE como causa del descarte. Sin embargo... la propia Corte de Constitucionalidad ha dicho*

¹⁷² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 208.

¹⁷³ Id., párrafo 163.

¹⁷⁴ Memorial, párrafo 398.

¹⁷⁵ Réplica, párrafo 85.

¹⁷⁶ Id., párrafo 296.

¹⁷⁷ Id., párrafo 301.

*que no es verdad pues, según sus propias palabras, 'el procedimiento llevado a cabo por ambas partes hasta antes de que la autoridad impugnada dispusiera disolver la Comisión Pericial... fue ceñido a lo regulado en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad'. De los propios términos de la sentencia se deduce, pues... la ilegalidad y arbitrariedad cometida por la CNEE al descartar el estudio de Bates White...".*¹⁷⁸

- [181] Por último, la Demandante afirma que, al emitir las Resoluciones 145 y 146 del 30 de julio de 2008, la CNEE actuó en aparente infracción del amparo provisional otorgado a EEGSA ese mismo día por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil, en el que se le ordenó a la CNEE que acatará "... a cabalidad el pronunciamiento de la Comisión Pericial permitiendo que concluya su labor, especialmente la revisión final de los cambios presentados a la Comisión Pericial por la Firma Bates White el 28 de julio del presente año y abstenerse de utilizar mecanismos que tiendan a manipular, cambiar o interpretar de forma unilateral los que ya están aprobados".¹⁷⁹ La Demandante termina señalando que la CNEE no recibió la notificación de la suspensión de ese amparo provisional hasta el 31 de julio, cuando las Resoluciones 144, 145 y 146 ya habían sido publicadas en el Diario Oficial.¹⁸⁰

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [182] La Demandada mantiene una posición contraria; a su juicio, la CNEE actuó de conformidad con la LGE y el RLGE al aprobar el estudio de Sigla y fijar las tarifas con base en este estudio.¹⁸¹
- [183] En sustento de su posición, la Demandada resalta, en primer lugar, que la misma Comisión Pericial confirmó que gran parte del Estudio Tarifario de Bates White no se ajustaba a los Términos de Referencia ya que: (i) "... el estudio de Bates White no había incluido modelos integrados y trazables que le hubiesen permitido a la CNEE auditar información incluida en el cálculo del VAD"; y (ii) "la información relativa a los precios de referencia se encontraba incompleta ya que Bates White no había presentado los comparables internacionales necesarios para que la CNEE pudiera auditar y eventualmente aprobar la propuesta de precios del consultor".¹⁸²
- [184] La Demandada alega que "[u]n modelo que no se puede trazar no permite al regulador rehacer los cálculos a fin de verificarlos ni vincular el modelo con otro modelo del mismo estudio a fin de verificar las relaciones entre los datos y de establecer si los resultados producidos por dicho modelo son correctos, más allá de la veracidad o no de los datos ingresados".¹⁸³
- [185] La Demandada agrega que "... a pesar de la observación escrita de la CNEE de la intrazabilidad de los modelos y la falta de justificación de los costos a los informes de etapa y al informe final, EEGSA se rehusó a modificar el

¹⁷⁸ Id., párrafo 463.

¹⁷⁹ Memorial, párrafo 374.

¹⁸⁰ Id., párrafo 375.

¹⁸¹ Dúplica, párrafos 309 y s.s.

¹⁸² Id., párrafo 388.

¹⁸³ Memorial de Contestación, párrafo 235.

*estudio. Cuando la propia Comisión Pericial le dio la razón a la CNEE al respecto, continuó sin corregir su estudio...".*¹⁸⁴

- [186] Por lo anterior, la Demandada manifiesta que los defectos del estudio de Bates White no eran reparables y que ante tal situación, *"... la CNEE no tuvo otra opción que rechazar el estudio tarifario de Bates White y utilizar el estudio tarifario de su propio consultor independiente para fijar el pliego tarifario, tal como se lo permitía el marco regulatorio"*.¹⁸⁵
- [187] Por otro lado, la Demandada resalta que, contrario a lo que argumenta Iberdrola, la contratación de Sigla, para la elaboración del estudio tarifario independiente del VAD de EEGSA, era de conocimiento general de las distribuidoras, era parte del pliego de licitación pública internacional de dicha contratación y además estaba publicado en varios sitios web abiertos al público, incluyendo el de la propia CNEE.¹⁸⁶
- [188] La Demandada resalta que Sigla, al igual que Bates White, era una firma precalificada y, que no es aceptable que Iberdrola, por un lado, reconozca que *"[I]a realización del estudio por un consultor independiente precalificado asegura que el estudio será hecho conforme a criterios técnicos rigurosos, de acuerdo al marco regulatorio, observando las mejores prácticas y alejado de cualquier tipo de presión política"*, y por el otro, aplique dicho principio únicamente al estudio preparado por su propio consultor (Bates White) y no al preparado por el consultor de la CNEE, que también era una firma precalificada.¹⁸⁷
- [189] La Demandada también sustenta su posición agregando que la visita del señor Pérez, Presidente de EEGSA y Director de Iberdrola para Latinoamérica, evidenció la falta de seriedad de los resultados de los estudios tarifarios de Bates White. Según la Demandada, el señor Pérez presentó una *"oferta"* a ser aplicada *"por fuera del estudio"* que reducía el incremento del VAD del 100 por ciento a un 10 por ciento. La Demandada mantiene que la oferta del señor Pérez pone en duda los resultados del estudio de Bates White y evidencia que EEGSA e Iberdrola estaban dispuestas en ese momento a conformarse con un 10 por ciento de incremento, pero al mismo tiempo reclamaban el 245 y después el 100 por ciento, anunciado en los estudios tarifarios de Bates White.¹⁸⁸
- [190] Para concluir, la Demandada resalta que en cualquier caso, la Corte de Constitucionalidad mediante la sentencia del 18 de noviembre de 2009, que resolvió el amparo solicitado por EEGSA contra la aprobación del estudio de Sigla por parte de la CNEE, *"... interpretó el marco regulatorio y reconoció la facultad de la CNEE de adoptar las tarifas y el carácter no vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial, al margen de la letra del nuevo artículo 98"*.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Id., párrafo 353.

¹⁸⁵ Dúplica, párrafo 391.

¹⁸⁶ Memorial de Contestación, párrafo 212.

¹⁸⁷ Memorial de Jurisdicción, párrafo 90.

¹⁸⁸ Dúplica, párrafos 370 y s.s. y Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafo 132.

¹⁸⁹ Memorial de Contestación, párrafo 510.

8. RECHAZO *IN LIMINE* DEL RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR EEGSA EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES CNEE 144, 145 Y 146 DE 2008

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [191] La Demandante considera que el MEM vulneró sus derechos al rechazar *in limine* los recursos de revocatoria interpuestos contra las Resoluciones CNEE 144, 145 y 146, mediante las cuales aprobó el estudio de Sigla y fijó las tarifas de EEGSA con base en este estudio. En efecto, la Demandante mantiene que el argumento esgrimido por el MEM para rechazar *in limine* los recursos de revocatoria de EEGSA, esto es, que debía utilizarse la vía de impugnación de resoluciones generales, no es procedente.¹⁹⁰
- [192] La Demandante resalta que es claro que el rechazo *in limine* no procedía en el caso de la resolución decisiva, la Resolución 144, por la cual se descartaba el estudio de Bates White y se aprobaba el estudio de Sigla, ya que “[e]n este caso, se trataba sin ninguna duda de una actuación dirigida específicamente a una persona, EEGSA, cuyo estudio descartaba la CNEE aplicándole la misma consecuencia que si el estudio no se hubiera entregado: sustituía el estudio del distribuidor por un estudio propio del regulador”.¹⁹¹ Agrega la Demandante que la CNEE no notificó la decisión a EEGSA, quien la conoció mediante su publicación en el Diario Oficial de Centroamérica.¹⁹²
- [193] En cuanto a las dos resoluciones que aprobaron las tarifas de EEGSA (números 144 y 145), la Demandante alega que “... ambas fueron adoptadas dentro de un expediente que se sustanció entre partes determinadas y que ambas fijan el precio (las tarifas) de los servicios de un distribuidor singular, EEGSA, a partir de un procedimiento en el que es parte necesaria. No se trata de disposiciones abstractas aplicables a la generalidad”.¹⁹³
- [194] En razón de lo expuesto, la Demandante afirma que el MEM le cerró a EEGSA la vía ordinaria de impugnación de las Resoluciones y le vedó la posibilidad de acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, negándole el derecho a la revisión judicial de esas resoluciones que fijaban su retribución.¹⁹⁴
- [195] Por último, la Demandante afirma que “... con un rechazo liminar de los recursos interpuestos por EEGSA, el MEM colocó al distribuidor a sabiendas en un dilema. Si bien podía existir la posibilidad (discutida) de interponer una acción de amparo ante el rechazo liminar por el MEM del recurso de revocatoria, ello significaba arriesgar la prescripción del plazo legal para interponer la acción de amparo frente a la Resolución misma emitida por la CNEE, pues es muy breve (30 días). En esas condiciones, si la acción de amparo contra el rechazo liminar del MEM no prosperaba, EEGSA habría ya perdido tanto el acceso a la vía de los tribunales contencioso-administrativos

¹⁹⁰ Memorial, párrafo 431.

¹⁹¹ Id., párrafo 432.

¹⁹² Id.

¹⁹³ Id., párrafo 433.

¹⁹⁴ Id., párrafo 435.

*como la acción de amparo frente a la Resolución de la CNEE. En ese dilema lo más razonable era optar por la acción de amparo frente a la Resolución de la CNEE. Así, el Ministro conseguía cerrar la vía contencioso-administrativa a EEGSA".*¹⁹⁵

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [196] La República de Guatemala mantiene que EEGSA decidió no agotar la vía administrativa que le hubiera permitido iniciar una reclamación ante la justicia contencioso-administrativa, y, en cualquier caso, que el amparo constituyó para EEGSA una vía idónea para ventilar sus reclamaciones.¹⁹⁶
- [197] La Demandada alega que *"Iberdrola, a través de EEGSA, decidió conscientemente y deliberadamente no iniciar su amparo contra las resoluciones del MEM que rechazaban in limine sus recursos administrativos de revocatoria, decidiendo en cambio iniciar amparo contra las resoluciones de la CNEE fijando las tarifas... si EEGSA hubiese iniciado sus amparos contra el rechazo in limine, de haber procedido, la justicia hubiese podido requerir al MEM que se pronunciara sobre el fondo, lo cuál [sic] (asumiendo que tal pronunciamiento del MEM no fuera del agrado de EEGSA), le hubiese permitido iniciar la acción contencioso-administrativa que Iberdrola ahora dice le fue negada por Guatemala. EEGSA decidió en cambio iniciar amparos contra las resoluciones de la CNEE, una vía que evidentemente consideró más conveniente (y posiblemente más expedita) a los efectos de tutelar sus intereses".*¹⁹⁷
- [198] La Demandada resalta que, de hecho, EEGSA ya había utilizado el recurso del amparo a efectos de controvertir un rechazo liminar a un recurso administrativo, y que en ese caso, la Corte de Constitucionalidad había acogido el amparo de EEGSA revirtiendo tal rechazo y restituyéndola en el goce de sus derechos.¹⁹⁸
- [199] La Demandada agrega que, en cualquier caso, las acciones de amparo de EEGSA contra las Resoluciones de la CNEE 144, 145 y 146, *"... permitieron un amplísimo marco para el análisis de las posiciones de las partes, incluyendo la posibilidad de ofrecer y producir prueba para ambas partes, efectuar presentaciones en audiencias orales y públicas, vistas al ministerio público y organismos de control".*¹⁹⁹

¹⁹⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 223.

¹⁹⁶ Memorial de Contestación, párrafos 367 y s.s.

¹⁹⁷ Id., párrafo 370.

¹⁹⁸ Dúplica, párrafos 230 y 231.

¹⁹⁹ Memorial de Contestación, párrafo 371.

9. DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD²⁰⁰

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [200] En opinión de la Demandante, la Corte de Constitucionalidad "*[salió] en auxilio del gobierno y [cambió] las reglas del juego con su sentencia de 18 de noviembre de 2009*".²⁰¹
- [201] La Demandante resalta que, pese a las serias inconsistencias de la sentencia del 18 de noviembre de 2009, la Corte reconoció que la decisión del MEM de rechazar de plano el recurso de revocatoria de EEGSA contra la Resolución CNEE-144 fue contraria a derecho.²⁰²
- [202] Asimismo, para la Demandante, la Corte dio la razón a EEGSA cuando indicó que hasta la disolución de la Comisión Pericial, EEGSA había seguido correctamente el procedimiento. Lo anterior, alega, lleva a la conclusión de que la CNEE no podía descartar el estudio de Bates White y adoptar como base para el cálculo del VAD el estudio de Sigla.²⁰³
- [203] En cuanto a la determinación de la Corte de que el pronunciamiento de la Comisión Pericial no tiene valor vinculante, la Demandante sostiene que la motivación de la Corte es "... *solo apariencia de motivación*" y que "[e]n ese sentido, la decisión de la Corte es equiparable a una decisión sin motivación y, por lo tanto, sin valor en el plano internacional".²⁰⁴
- [204] La Demandante afirma, haciendo referencia tanto a la sentencia del 18 de noviembre de 2009 como a la del 24 de febrero de 2010, que dichas sentencias "*[sellaron] para el futuro el giro a un modelo discrecional en la fijación de tarifas*".²⁰⁵

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [205] La Demandada mantiene que contrario a lo que alega la Demandante, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 18 de noviembre de 2009 "... *no fue una decisión a medida para la presente disputa, ni pretendió dar motivaciones que son 'solo apariencia de motivación'*".²⁰⁶
- [206] Asimismo, la Demandante manifiesta que "[t]ampoco es cierto (sic) la alegación de Iberdrola que la Corte de Constitucionalidad '*salió en auxilio del*

²⁰⁰ Según consta en los párrafos 200-207 *infra*, las Partes mantienen posiciones contrarias respecto del contenido y efecto de los pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad, plasmados en las sentencias de fecha 18 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010, mediante las cuales se puso fin a los procesos judiciales iniciados por EEGSA ante los tribunales de Guatemala contra la GJ-Providencia -3121 y la Resolución CNEE-144 del 2008. Las diferencias de las Partes frente a dichas sentencias constituyen un punto central de las reclamaciones de la Demandante por denegación de justicia. Así, la posición y argumentos de cada Parte al respecto también se analizan en el capítulo sobre "Denegación de Justicia" (ver Sección V *infra*).

²⁰¹ Memorial, Sección 8.2.2., página 136.

²⁰² Id., párrafo 446.

²⁰³ Id., párrafos 447 y 448.

²⁰⁴ Id., párrafo 456.

²⁰⁵ Réplica, párrafo 413. Véase también id., párrafo 459 y Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafo 70.

²⁰⁶ Memorial de Contestación, párrafo 404.

Gobierno".²⁰⁷ Agrega en este sentido que "[l]a Corte de Constitucionalidad, como órgano de alzada entendiendo en las acciones de amparo iniciadas por EEGSA, es el último órgano judicial de defensa de la Constitución del sistema judicial de Guatemala. Iberdrola no aporta ningún elemento que fundamente esta alegación más allá de sus críticas a ambas sentencias que revocaron las acciones de amparos, de la misma manera que con cierta lógica defiende las sentencias de primera instancia a su favor".²⁰⁸

[207] En definitiva, para la Demandada, las sentencias de la Corte de Constitucionalidad fueron debidamente motivadas y "[u]n demandante que ha sometido voluntariamente la interpretación de normas guatemaltecas a los tribunales guatemaltecos, no puede después decidir si desea o no obedecer la decisión del tribunal superior de dicho país. A menos que alegue denegación de justicia...".²⁰⁹

10. LA FÓRMULA DEL FRC

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

[208] La Demandante manifiesta que "... el costo de capital es el componente más importante del VAD" y que el costo de capital se calcula aplicando al valor de los activos –la base de capital remunerable– un factor de remuneración denominado FRC.²¹⁰

[209] La Demandante rechaza la fórmula del FRC utilizada por la CNEE alegando que: (i) a pesar de que la CNEE aceptó un coste de capital mínimo de 7% real anual después de impuestos, aplicó esta tasa en una ecuación incorrecta del FRC, lo que "... tiene el efecto práctico de romper por abajo la tasa mínima del 7%, que queda transformada en un 3.5%"; (ii) en el contexto de la LGE y bajo el sistema de la empresa eficiente, el valor de los activos nunca se deprecia.²¹¹

[210] A juicio de la Demandante, la fórmula del FRC utilizada por la CNEE reduce a la mitad el retorno de la inversión. Concretamente, manifiesta que la fórmula incorrecta utilizada por la CNEE fue la siguiente:²¹²

$$FRC^{EEGSA} = \frac{1}{T_o} + \frac{r}{2 * (1 - g)}$$

²⁰⁷ Id., párrafo 405.

²⁰⁸ Id., párrafo 405.

²⁰⁹ Id., párrafo 5.

²¹⁰ Réplica, párrafo 172.

²¹¹ Memorial, párrafo 404 y Réplica, párrafos 170, 177 – 183.

²¹² Réplica, párrafo 175.

[211] La Demandante resalta que la citada fórmula incluye un 2 en el denominador para dividir el retorno anual de la inversión y que “[l]a inclusión de este elemento divisor carece de explicación”.²¹³

[212] En opinión de la Demandante, “[p]ara el sistema guatemalteco la fórmula correcta del FRC sería”:

$$FRC = \frac{1}{T_o} + \frac{r}{(1 - g)}$$

“... [D]onde T_o representa la vida útil de los activos, r es la tasa de retorno aprobada por la CNEE (o 7% real después de impuestos) y g representa la tasa impositiva sobre sociedades (31% en el caso de Guatemala)”.²¹⁴

[213] La Demandante alega que la LGE establece en su Artículo 73 que para determinar el costo de capital, “[l]a anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución y la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas”, y que la LGE nada dice de que alguno de esos factores deba dividirse entre dos.²¹⁵

[214] Manifiesta la Demandante que mediante la Resolución CNEE-5-2008 se promulgó un Addendum a los TdR y se modificó la fórmula del FRC “... en flagrante violación del art. 79 de la LGR [sic]”.²¹⁶

[215] Según la Demandante, “... para justificar de alguna manera la decisión arbitraria de incluir un ‘2’ en el denominador de la fórmula del FRC para el cálculo del VAD... Guatemala inventa un nuevo concepto: el ‘valor nuevo de reemplazo depreciado’, llamado también por Guatemala el ‘valor depreciado del valor nuevo de reemplazo’”.²¹⁷

[216] Al respecto, la Demandante manifiesta que:

- a. Durante los diez primeros años de la LGE nadie nunca planteó y nunca se utilizó una fórmula para el FRC con un “2” (o cualquier otro número que no fuese “1”) en su dividendo, ni este concepto de “valor depreciado de reemplazo”;
- b. La LGE no menciona ni una sola vez este concepto y tan solo trata de un VNR (*i.e.*, sin depreciación);
- c. El valor depreciado de reemplazo inventado por la CNEE es contrario a la LGE y al RLGE por ser incompatible con el concepto de VNR que incluyen estas normas;
- d. En el contexto de la empresa eficiente el valor de los activos nunca se deprecia;

²¹³ Memorial, párrafo 406.

²¹⁴ Id., párrafo 404.

²¹⁵ Id., párrafo 406.

²¹⁶ Réplica, párrafo 170.

²¹⁷ Id., párrafo 177.

- e. El valor depreciado de reemplazo es incompatible con el propio modelo de empresa eficiente sobre el que se basa el sistema regulatorio guatemalteco.²¹⁸

[217] En cuanto a la depreciación de los activos en el contexto de una empresa eficiente, la Demandante resalta que “[c]uando se regula por empresa eficiente, la tarificación es a costo medio de largo plazo... En términos gruesos, esto significa que el valor de los activos, sin depreciarlos, se reparte por parejo entre todas las unidades producidas durante la vida útil del activo, descontando los flujos con la tasa de descuento apropiada”.²¹⁹

[218] Por último, la Demandante concluye que “... el sistema tarifario de Guatemala no otorga a EEGSA la oportunidad de recuperar ni siquiera el capital empleado, no digamos obtener una rentabilidad adecuada. Esto quiere decir que a lo largo del periodo de autorización, cada dólar invertido en la red de distribución genera menos de 0,50 dólares en valor presente... el VAD impuesto por la CNEE implica que, de cada dólar que invierta, EEGSA está condenada a perder más de la mitad”.²²⁰

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

[219] Por el contrario, la Demandada mantiene que “[e]l cálculo del retorno sobre el capital invertido debe realizarse con base en el valor optimizado y depreciado del VNR”.²²¹

[220] Agrega la Demandada que, a fin de calcular la remuneración del inversor por el capital invertido, es decir, el costo de capital, se debe utilizar: (i) la base de capital, que en el caso de la LGE está representada por el VNR; (ii) optimizada y depreciada; y (iii) aplicando la tasa de actualización definida por el regulador.²²²

[221] En este sentido, la Demandada manifiesta que contrario a lo que sostiene Iberdrola, la LGE sí establece que “... a los fines de remunerar el capital del inversor, el costo de capital es calculado sobre el VNR depreciado”. Agrega que la LGE establece que “... el costo de capital es calculado como la ‘anualidad’ del costo de capital teniendo en cuenta la ‘vida útil de los bienes’ y que dicha frase no tendría ninguna función si se asumiera un reemplazo de todos los activos cada cinco años sin importar su vida útil, que podría ser de hasta 30 años.”²²³

²¹⁸ Id., párrafos 177 – 183.

²¹⁹ Id., párrafo 182. La Demandante presenta dicha afirmación invocando el informe de su perito Galetovic (Anexo D-601).

²²⁰ Memorial, párrafo 407.

²²¹ Dúplica, Sección VI (1), página 225.

²²² Id., párrafo 535.

²²³ Id., párrafo 536.

[222] La Demandada alega que los TdR reflejaron un cálculo correcto del costo de capital hecho por medio de la siguiente fórmula del FRC :²²⁴

$$FRC = \underbrace{\left(\frac{1}{T_o} + \frac{r^*(T_a/T_o)}{2*(1-g)} \right)}_{\text{depreciación}} \left. \vphantom{\frac{1}{T_o}} \right\} \text{retorno}$$

T_o = Vida útil ponderada de los activos

T_a = Periodo de amortización

r = Tasa de actualización definida por la CNEE

g = Impuesto sobre la renta¹

2 = depreciación de la base de capital (determinada en 2008 por la CNEE en un 50 por ciento)

[223] En opinión de la Demandada, "... si se aceptara el argumento de Iberdrola, EEGSA recibiría una remuneración sobre capital ya recuperado o sería remunerada como si renovara efectivamente por completo la red cada cinco años. Esto está lejos de la realidad: EEGSA no renueva su red por completo cada cinco años sino que utiliza sus bienes hasta el fin de su vida útil, por lo que de remunerarse como si lo hiciera, se la estaría sobre-remunerando..."²²⁵

[224] La Demandada agrega que "[l]a metodología utilizada en otros países confirma que el retorno es calculado sobre la base de capital o VNR depreciada" y que "[e]l retorno en la revisión tarifaria de 2003 también se calculó sobre una base de capital depreciada".²²⁶

[225] En cuanto a la forma de determinar el nivel de depreciación de la base de capital y el denominador 2 en la fórmula del FRC, la Demandada afirma que "EEGSA nunca aportó evidencia de que sus bienes no se encontraban depreciados al 50 por ciento". En efecto, según la Demandada, los distintos términos de referencia que se elaboraron para las revisiones tarifarias de DEORSA, DEOCSA y EEGSA estimaron que la base de capital de estas distribuidoras se encontraba depreciada en un 50 por ciento (de allí el denominador 2 en la fórmula del FRC) y que si EEGSA consideraba que el nivel de depreciación estimado por la CNEE no era correcto, debió proveer durante la revisión tarifaria información sobre la exacta depreciación de su base de capital (como lo hicieron las empresas DEORSA y DEOCSA, a las cuales se les ajustó el factor de depreciación, inicialmente fijado en 2, a 1,73).²²⁷

[226] Como complemento a lo anterior, la Demandada resalta que "... Bates White insistió en que el retorno fuera calculado sobre la base de capital no

²²⁴ Id., párrafo 537.

²²⁵ Id., párrafo 544.

²²⁶ Id., párrafos 552 y 563.

²²⁷ Id., párrafos 579 y 580.

depreciada sin ofrecer una alternativa al nivel de depreciación propuesto en los Términos de Referencia. En particular, Bates White interpretó el "2" como un "error de tipeo" de la CNEE en los Términos de Referencia y directamente lo eliminó de su fórmula, igualando el denominador a '1'".²²⁸

- [227] La Demandada concluye que la posición de EEGSA, que implicaba calcular el retorno sobre un valor de la red de EEGSA nueva, es contraria a la realidad e inadmisibile.²²⁹

11. EL CÁLCULO DEL VNR

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [228] La Demandante afirma que *"... la CNEE ha determinado tarifas utilizando tomando [sic] como base de capital remunerable un Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de EEGSA arbitrariamente bajo".²³⁰*
- [229] En particular, la Demandante alega en cuanto al estudio de Sigla, con base en el cual la CNEE fijó las tarifas de EEGSA, que *"[e]l diseño de la red teórica de distribución realizado por Sigla está pensado para reducir sobre el papel los costos de distribución y el VNR, sin tener en cuenta si la red teórica puede ser implementada en la realidad, si cumple con las normas urbanísticas y reglas municipales o si genera un sobrecoste al usuario. El resultado es una red teórica que da un VNR muy reducido pero que en la vida real impediría a cualquier distribuidor atender la demanda actual de EEGSA: una red imposible de implementar y, por tanto, inviable".²³¹*
- [230] La Demandante señala que el cálculo del VNR de EEGSA que realizó Sigla presenta numerosas deficiencias y que aquellas con mayor relevancia económica son las siguientes: (i) excluye una gran parte del territorio que necesariamente tiene que estar cubierto por la red de distribución real; (ii) la demanda para la que el estudio dimensiona la red es insuficiente; (iii) el estudio utiliza instalaciones no aptas para prestar servicio en las tensiones necesarias; y (iv) los costos utilizados no se ajustan a las normas y requisitos técnicos.²³²
- [231] La Demandante agrega, para refutar la posición de la Demandada de que el VAD de EEGSA debe disminuir con el transcurso del tiempo, que la posición de Guatemala de que una red madura crece verticalmente *"está equivocada"* y que la tesis de que el crecimiento vertical es más barato *"es, en el mejor de los casos, incierta".²³³*
- [232] La Demandante concluye que Guatemala redujo los ingresos de EEGSA de forma artificial, al aprobar un VAD basado en un VNR que corresponde a una empresa de referencia que servía en un área menor que EEGSA y que no

²²⁸ Id., párrafo 580.

²²⁹ Id., párrafos 580 y 581.

²³⁰ Id., párrafo 409.

²³¹ Memorial, párrafo 412.

²³² Id., párrafos 413 – 414.

²³³ Réplica, párrafos 194 y s.s.

tenía condiciones análogas a EEGSA, olvidando así que la empresa eficiente es una empresa "teórica pero no de fantasía".²³⁴

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [233] La Demandada, por el contrario, sostiene que el reporte de Sigla sí se ajustaba a los TdR y que establecía una tarifa eficiente conforme al marco legal de Guatemala.²³⁵
- [234] En particular, la Demandada alega que las tarifas de Sigla fueron fijadas de acuerdo con los principios establecidos en la LGE y que reflejan: (i) el costo de adquisición de energía y potencia adquirido por los distribuidores sobre la base de precios libremente negociados; y (ii) el costo de capital y operación de una empresa eficiente.²³⁶
- [235] La Demandada resalta que la gran mayoría de las diferencias que señaló Iberdrola al estudio de Sigla "... o bien no existen, o bien no inciden significativamente en el cálculo final del VAD".²³⁷ Consecuentemente, rechaza los argumentos de Iberdrola referentes a los cálculos del VNR de Sigla y en particular en cuanto a las supuestas deficiencias del estudio de Sigla respecto de los cálculos del área urbana y la longitud de la red de baja tensión, el cálculo del número de clientes, la optimización de la red y el área de cobertura, entre otros.²³⁸
- [236] La Demandada agrega que "... el VAD resultante del estudio de Sigla refleja una evolución del VAD muy similar a aquella de el Salvador... país que fue utilizado como comparable en materia de tarifas de distribución al momento de realizar la primera fijación de tarifas de EEGSA en 1998".²³⁹
- [237] Guatemala afirma que como resultado de haberse apartado de la metodología de los TdR, el VNR calculado por Bates White estaba substancialmente sobrevaluado.²⁴⁰
- [238] Al respecto, la Demandada resalta que "... el VNR calculado por el consultor de EEGSA en su primer informe de 31 de marzo de 2008 fue de US\$1.695 millones. Este valor era claramente desproporcionado en comparación con el valor del VNR calculado para la revisión tarifaria de 2003-2008 y que había resultado en US\$ 583,68 millones... Este valor inicial de US\$ 1.695 millones fue significativamente reducido en las siguientes versiones del estudio tarifario preparadas por Bates White a US\$ 1.301 (5 de mayo de 2008) y 973 millones (28 de julio de 2008)".²⁴¹
- [239] A juicio de la Demandada, no existe justificación "... para un tal aumento de valor del VNR en una red de distribución madura como es aquella de

²³⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 252.

²³⁵ Dúplica, párrafo 478.

²³⁶ Memorial de Contestación, párrafo 351.

²³⁷ Dúplica, párrafo 480.

²³⁸ Id., párrafos 480 - 484.

²³⁹ Id., párrafo 488.

²⁴⁰ Id., párrafos 593 y s.s.

²⁴¹ Id., párrafo 593.

EEGSA". Agrega que la falta de seriedad de los cálculos del VNR de Bates White se hizo evidente mediante "... la sustancial reducción (de casi US\$ 400 millones, es decir mas [sic] de un 23 por ciento) que sufrió el VNR entre el estudio del 31 de marzo y el estudio del 5 de mayo...".²⁴²

- [240] Por último, haciendo referencia al VAD resultante del estudio del 5 de mayo, la Demandada alega que el aumento del VAD de EEGSA (con relación al VAD fijado para el quinquenio 2003-2008) contradecía la "... lógica de que el VAD debía tender a disminuir en el tiempo con redes maduras como la de EEGSA, donde el crecimiento vertical supera el horizontal".²⁴³

12. LAS PÉRDIDAS DE ENERGÍA

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [241] La Demandante alega que las tarifas aprobadas por la CNEE con base en el estudio de Sigla "... obligan a EEGSA a asumir los costes asociados a las pérdidas de energía en las redes".²⁴⁴
- [242] Al respecto, la Demandante manifiesta que "[e]l nuevo régimen tarifario aprobado por el Gobierno de Guatemala obliga a EEGSA a absorber los costes de generación y distribución de las pérdidas de energía que superen un factor teórico de pérdidas del orden del 6 % sin citar ninguna fuente de información objetiva que justifique la racionalidad de esa cifra".²⁴⁵
- [243] La Demandante señala que la única justificación que podría invocarse en defensa de un factor de pérdidas tan bajo (del orden del 6%) sería el establecimiento de incentivos financieros para reducir las pérdidas de energía en la red. Considera, sin embargo, que tal justificación no tiene cabida para el caso de EEGSA ya que "... desde el año 2004, EEGSA ha rebajado sus pérdidas desde un 10.3% hasta un 8.2% en el 2008, cuando el porcentaje medio de pérdidas en Guatemala se sitúa en torno al 17%. Ese porcentaje coloca a EEGSA como una de las distribuidoras con menores factores de pérdidas de toda Latinoamérica (incluyendo Guatemala)".²⁴⁶
- [244] En opinión de la Demandante, la medida impuesta por la CNEE a EEGSA no es realista y además contrasta abiertamente con las medidas aplicadas a otras distribuidoras guatemaltecas, como DEOCSA y DEORSA.²⁴⁷
- [245] La Demandante agrega que el sistema actual de retribución de pérdidas de Guatemala hace responsable a EEGSA de pérdidas de energía que no causa y sobre las que no tiene influencia.²⁴⁸
- [246] La Demandante agrega que el cambio en las fórmulas de ajuste de pérdidas de energía es arbitrario e inconsistente ya que "... la propia CNEE había

²⁴² Id., párrafo 594.

²⁴³ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafo 150.

²⁴⁴ Memorial, párrafo 415.

²⁴⁵ Id., párrafo 416.

²⁴⁶ Id., párrafo 417.

²⁴⁷ Id., párrafo 418.

²⁴⁸ Réplica, párrafo 889.

*aprobado en la revisión de 2003 las fórmulas de ajuste que Bates White recogía en su Estudio [que] nunca fueron objeto de discusión durante el procedimiento de revisión de 2008".*²⁴⁹

- [247] Por último, según razona la Demandante, "*[I]a arbitrariedad cometida en cuanto a las pérdidas de energía se sitúa en el componente de coste de energía de las tarifas, donde la CNEE obligó a EEGSA a asumir no sólo la pérdida del VAD que le hubiera correspondido por la energía perdida, sino el coste mismo de la energía perdida*".²⁵⁰

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [248] La Demandada mantiene que Iberdrola pretende trasladar la totalidad de las pérdidas de energía y potencia a las tarifas por el resto del plazo del Contrato de Autorización. Agrega que ello no solo es contrario a la práctica regulatoria de la empresa modelo o eficiente, la cual únicamente permite un traslado parcial de las pérdidas, sino que es también inconsistente con el Reglamento el cual "*... al establecer los lineamientos para el cálculo del cargo por potencia y energía, contempla que éstos son afectados 'por un cierto nivel de pérdidas, los cuales deben ser retribuidos al distribuidor'*".²⁵¹
- [249] Asimismo, la Demandada señala que "*[t]anto la experiencia regulatoria internacional como el marco regulatorio de Guatemala solo autorizan trasladar a la tarifa las pérdidas eficientes, es decir las pérdidas (sic) inevitables de la operación de la empresa eficiente*".²⁵²
- [250] La Demandada agrega que la política de traslado parcial de pérdidas a las tarifas fue aplicada a DEORSA y DEOCSA tanto en la revisión tarifaria de 2003-2008 (a diferencia de a EEGSA) como en la de 2008-2013. Por ello, permitirle a EEGSA que siga trasladando sus pérdidas a las tarifas, sería mantener un trato discriminatorio vis-a-vis estos distribuidores.²⁵³
- [251] En cuanto a la alegación de Iberdrola de que la CNEE en su revisión tarifaria 2003-2008 había aceptado un traslado total de las pérdidas, la Demandada afirma que "*... el traslado de pérdidas a las tarifas autorizado en la revisión 2003-2008 es contrario al marco regulatorio que contempla solo un traslado parcial y a la práctica regulatoria internacional... Iberdrola no puede reclamar este rubro como un derecho adquirido sobre la base de que fue aceptado en la revisión tarifaria 2003-2008, si ello no es congruente con el régimen legal aplicable*".²⁵⁴
- [252] Por último, la Demandada concluye que "*... la Comisión Pericial también opinó que el traslado a tarifa del costo de las pérdidas de energía debe ser*

²⁴⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 277.

²⁵⁰ Id., párrafo 266.

²⁵¹ Los argumentos de la Demandada sobre este punto se efectuaron, en su mayoría, haciendo referencia al dictamen de Lapuerta, presentado por la Demandante (Anexo D-600); Memorial de Contestación, párrafos 801 y s.s.

²⁵² Dúplica, párrafo 649.

²⁵³ Memorial de Contestación, párrafo 804.

²⁵⁴ Id., párrafos 802 y 803.

sólo parcial, para fomentar incentivos a la eficiencia, y dictaminó a favor de la observación de la CNEE al respecto".²⁵⁵

13. RAZONABILIDAD ECONÓMICA DE LAS TARIFAS APROBADAS POR LA CNEE

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

[253] La Demandante mantiene la posición de que, contrario a lo que afirma la República de Guatemala, las tarifas de EEGSA no son razonables, tanto que "*hacen inviable a EEGSA*".²⁵⁶

[254] A juicio de la Demandante, las nuevas tarifas impuestas por la CNEE "... *reducen tan significativamente el VAD de EEGSA que despojan a la inversión de Iberdrola de toda rentabilidad, inutilizándola económicamente*".²⁵⁷

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

[255] La Demandada alega que las tarifas son razonables y adecuadas y resalta que: (i) las tarifas fijadas por la CNEE son adecuadas y similares a las tarifas de la región; (ii) la venta millonaria de las acciones de Iberdrola en EEGSA demuestra que las tarifas establecidas por la CNEE son adecuadas; y (iii) Iberdrola se fue de Guatemala por razones de estrategia comercial y no por las tarifas fijadas por la CNEE.²⁵⁸

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN Y A LA COMPETENCIA

[256] Como se indicó en la Sección I(2) *supra*, la República de Guatemala planteó, desde su primer escrito, una excepción a la jurisdicción y una solicitud de bifurcación del procedimiento, para que se decidiera en primer término lo relativo a la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal. Considerando que el Tribunal solamente podría pronunciarse sobre el fondo de la diferencia que le fue planteada en la medida en que tenga competencia para hacerlo, el Tribunal se pronunciará, en primer lugar, sobre las excepciones opuestas por la República de Guatemala.

1. DECISIÓN SOBRE BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

[257] Según consta en el párrafo 19 *supra*, el 24 de marzo de 2010, el Tribunal dictó su Decisión sobre la Bifurcación del Procedimiento Arbitral. Entre otras cosas, el Tribunal consideró que: "*[l]a discusión principal entre las Partes es si los hechos alegados por la Demandante constituyen una cuestión contractual y regulatoria o si son una violación del Tratado. Se trata de una diferencia que está íntimamente relacionada con el fondo de la diferencia, que resulta difícil desligar de tal decisión y que requiere, para resolverla, una valoración integral de los hechos y de las pruebas*". Con igual

²⁵⁵ Id., párrafo 805.

²⁵⁶ Réplica, párrafo 321.

²⁵⁷ Memorial, párrafo 566.

²⁵⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafos 237 – 242.

razonamiento, el Tribunal afirmó que "... si admite, como lo propone Guatemala, que las objeciones *ratione materiae* también pueden ser vistas como objeciones a la admisibilidad de la reclamación, basadas en la ausencia de fundamento válido de ese reclamo, tendría que entrar en consideraciones sobre el fondo de la demanda, para determinar si efectivamente existen tales fundamentos que sustenten la reclamación de Iberdrola". Asimismo, el Tribunal señaló que "... no es procedente la aplicación del llamado *test prima facie* invocado por la Demandante para tomar la decisión de bifurcación del procedimiento [ya que este] aplica una vez que se ha decidido que las cuestiones de jurisdicción se tratarán de manera separada y previa a las cuestiones de mérito, es decir, cuando se ha resuelto bifurcar el procedimiento".²⁵⁹

- [258] Consecuentemente, el Tribunal determinó que no procedía la bifurcación del procedimiento y que decidiría las cuestiones jurisdiccionales conjuntamente con las de mérito.

2. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

- [259] Con base en los argumentos planteados por Guatemala en el Memorial de Jurisdicción, que fueron sintetizados por el Tribunal en la Decisión sobre Bifurcación, y en los demás escritos aportados por la Demandada durante el arbitraje, incluyendo el Escrito Posterior a la Audiencia, los principales argumentos de la Demandada respecto de la competencia del Tribunal pueden sintetizarse en los siguientes términos:

"a. Iberdrola somete al Tribunal un desacuerdo cuya base esencial es regulatoria y contractual y que no puede calificarse como controversia según el Tratado. Consecuentemente, no hay jurisdicción ratione materiae.

b. Aun si el desacuerdo pudiera calificarse como controversia bajo el Tratado (que no puede), la vía local ha sido la elegida para resolver tal controversia con exclusión del arbitraje internacional, de acuerdo con la cláusula de elección de vías del Tratado; y

*c. Aun si la cláusula de elección de vías no se hubiera activado, el desacuerdo fue sometido voluntariamente por Iberdrola a los tribunales locales y la responsabilidad internacional de Guatemala solo podría existir si se lograra probar una denegación de justicia que la Demandante ni siquiera ha alegado".*²⁶⁰

- [260] Según la Demandada, sus excepciones se refieren a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal y se basan, en gran parte, en el hecho de que la Demandante no ha sometido al Tribunal una reclamación "*respecto a cuestiones reguladas en el Tratado,*" como dispone su Artículo 11. Adicionalmente, la Demandada señala que, como las excepciones "*... pueden también ser vistas como basadas en la imposibilidad de Iberdrola de dar*

²⁵⁹ Decisión sobre la Bifurcación del Procedimiento Arbitral, párrafos 22 – 24.

²⁶⁰ Id., párrafo 8, citando el Memorial de Jurisdicción, párrafo 29.

ningún fundamento válido para su reclamación, bajo el derecho internacional y el Tratado...", estas también pueden considerarse como excepciones a la admisibilidad de dicha reclamación.²⁶¹

- [261] La Demandada sostiene que "... más allá de los calificativos, durante la Audiencia se hizo aún más evidente que lo que Iberdrola plantea ante este Tribunal no es más que un desacuerdo de derecho guatemalteco, sobre la interpretación y aplicación del marco regulatorio aplicable al sistema de distribución eléctrica de Guatemala".²⁶² Reitera que durante la audiencia, Iberdrola no hizo ninguna referencia al derecho internacional y se limitó a referirse a las discrepancias de Iberdrola y de EEGSA con la CNEE sobre la aprobación del estudio tarifario para el cálculo del VAD y a las cuestiones técnicas de la determinación del VNR, el FRC y las pérdidas de energía.²⁶³
- [262] Agrega la Demandada que Iberdrola, en su presentación en la audiencia "... sobre 'los hechos a la luz del Tratado'... se queja de que 'se neutraliza la participación del distribuidor' y 'se neutraliza a la Comisión Pericial'" pero que "[l]os temas tratados no son otros que el papel de la CNEE y del distribuidor en relación al estudio tarifario, la posibilidad de la CNEE (sic) aprobar el estudio de otra consultora, y la cuestión de la naturaleza de la Comisión Pericial. A las mismas cuestiones se refirió Iberdrola durante la Audiencia bajo los epígrafes '[e]xpectativas y confianza legítima' y '[e]ntorno estable para la inversión y seguridad jurídica".²⁶⁴
- [263] Según la República de Guatemala en relación con "... la pretendida "[a]rbitrariedad y expropiación económica", Iberdrola se queja de cuestiones técnicas. En concreto, [de que] el VNR utilizado por la CNEE sería supuestamente demasiado bajo, el Factor de Recuperación del Capital según Iberdrola no debía incluir la depreciación, y la CNEE habría atribuido demasiadas pérdidas de energía a EEGSA. Se trata de desacuerdos puntuales de Iberdrola con el estudio del consultor independiente Sigla, e incluye toda una serie de cuestiones altamente técnicas, a través de las cuales Iberdrola habría sido nada menos que expropiada por el Estado y tratada con arbitrariedad en violación del derecho internacional".²⁶⁵
- [264] Indica la Demandada que "... en la Audiencia, Iberdrola dio como '[e]jemplo ilustrativo' de medida expropiatoria y arbitraria del Estado guatemalteco el desacuerdo entre Bates White y Sigla sobre el diseño de los célebres 'dameros'. Según Iberdrola, otro 'ejemplo demostrativo' de expropiación y arbitrariedad de Guatemala sería el desacuerdo entre Bates White y Sigla sobre los transformadores, alimentadores y estaciones".²⁶⁶
- [265] Concluye la República de Guatemala que queda claro "... que Iberdrola se queja del quehacer de la CNEE en el proceso de revisión de la tarifa de EEGSA: por un lado, la cuestión de la naturaleza de la Comisión Pericial y la posibilidad de la CNEE de aprobar el estudio de otra consultora; por otro

²⁶¹ Memorial de Jurisdicción, párrafos 29 y 30.

²⁶² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafo 21.

²⁶³ Id., párrafo 21.

²⁶⁴ Id., párrafo 22.

²⁶⁵ Id., párrafo 23.

²⁶⁶ Id., párrafo 24.

lado, las cuestiones técnicas relativas a como [sic] debe calcularse el VNR, el Factor de Recuperación del Capital y las pérdidas de energía según el marco regulatorio local". Según la Demandada estas "... no son cuestiones para un tribunal internacional como el presente, que juzga la responsabilidad internacional de Guatemala bajo el Tratado. La función de este Tribunal no puede ser rehacer el estudio tarifario como si fuera Sigla o Bates White, ni actuar como tercera instancia de apelación en materias puramente de derecho guatemalteco. Si la CNEE podía aprobar el estudio Sigla descartando el estudio Bates White, y si el dictamen de la Comisión Pericial es vinculante, son cuestiones ya resueltas por el más alto tribunal de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad".²⁶⁷

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

- [266] Con base en los argumentos planteados por Iberdrola en su Memorial de Contestación de Jurisdicción, que fueron sintetizados por el Tribunal en la Decisión sobre Bifurcación, y en los demás escritos aportados por la Demandante durante el arbitraje, incluyendo el Escrito Posterior a la Audiencia, los principales argumentos de la Demandante respecto de la competencia del Tribunal pueden sintetizarse en los siguientes términos:
- [267] La Demandante considera que el Tribunal tiene competencia para juzgar este caso y decidir si los hechos descritos por ella constituyen una violación del Tratado.²⁶⁸
- [268] En cuanto a la excepción *ratione materiae*, la Demandante señala que, aunque Guatemala presenta su excepción como si fueran tres argumentos, en realidad, se trata de un solo argumento en contra de la "*jurisdicción y admisibilidad*" del Memorial: que la controversia planteada por Iberdrola "*es una cuestión meramente regulatoria y/o contractual y de derecho interno guatemalteco*" y que dicha controversia es incapaz de activar la aplicación del Tratado.²⁶⁹
- [269] Iberdrola agrega que los elementos de hecho y derecho de este caso caen de lleno en el ámbito de aplicación del Tratado y que "*... no se trata de demostrar elementos suficientes para que el Tribunal decida preliminarmente si hay o no una violación de las normas del Tratado (eso es cosa del fondo), sino que se trata de comprobar que los hechos alegados, de ser ciertos, podrían constituir una violación de las normas del Tratado*".²⁷⁰
- [270] Con respecto a la cláusula de elección de vías, Iberdrola afirma que "*... ha escogido una única vía, el arbitraje CIADI para resolver la controversia. Alega, además, que la tesis de Guatemala es incompatible con el texto del Tratado y que su demanda no guarda la necesaria "triple identidad" con las acciones emprendidas a nivel local*".²⁷¹

²⁶⁷ Id., párrafos 25 y 26.

²⁶⁸ Véase, entre otros, Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafos 1 y s.s.

²⁶⁹ Decisión sobre la Bifurcación del Procedimiento Arbitral, párrafo 11, citando el Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafos 9 y 10.

²⁷⁰ Id., párrafo 12, citando el Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafo 37.

²⁷¹ Id., párrafo 13, citando el Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafos 130 - 134.

- [271] En relación con la excepción a la admisibilidad, la Demandante "... *considera que constituye una incoherencia en el planteamiento de la Demandada y que esa objeción pertenece al fondo del asunto*".²⁷²
- [272] La Demandante anota que "... *Guatemala sólo objeta la jurisdicción por razón de la materia basándose en el artículo 11 del Tratado y que no ha hecho objeción alguna a las bases de la jurisdicción CIADI, aceptando de esta forma los argumentos sobre jurisdicción presentadas por Iberdrola en su demanda*".²⁷³
- [273] Iberdrola considera que cumple con todos los requisitos establecidos en los Artículos 25(1) y 25(2) del Convenio del CIADI en cuanto a la jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal (*ratione personae, ratione materiae, ratione voluntatis y ratione temporis*)²⁷⁴ y que frente a "... *la claridad de los requisitos jurisdiccionales del Convenio y del Tratado que cimentan la competencia de este Tribunal, Guatemala decidió tergiversar los hechos planteados por Iberdrola y presentó una excepción supuestamente a la jurisdicción ratione materiae del Tribunal... que es, en realidad, una excepción sobre el fondo del asunto*".²⁷⁵
- [274] Después de señalar que la Demandada ha presentado un argumento circular basado en tres premisas falsas, y que basta demostrar la falsedad de la primera de ellas – que la controversia planteada no trata de cuestiones reguladas por el Tratado sino de un mero desacuerdo regulatorio y contractual –, para "... *demostrar que la caracterización de la controversia entre Iberdrola y Guatemala como un mero "desacuerdo regulatorio y/o contractual", además de errónea, no la aparta en ningún modo del ámbito de cuestiones reguladas por el Tratado*".²⁷⁶
- [275] Señala la Demandante, además, que en la fase de negociaciones previas al inicio del arbitraje Guatemala ya había invocado los estándares de protección del Tratado y que en consecuencia "... *el argumento según el cual las controversias surgidas en el ámbito 'regulatorio' no pueden dar lugar a un reclamo internacional es de creación tardía y sólo para plantear la supuesta 'objeción ratione materiae'*".²⁷⁷
- [276] Considera Iberdrola que "... *la larga serie de irregularidades cometidas por Guatemala durante el proceso de revisión tarifaria de EEGSA, descritas por Iberdrola en sus Memoriales y plenamente confirmadas en el transcurso de la Audiencia, no sólo son susceptibles de constituir una violación de las obligaciones de protección a la inversión contenidas en el Tratado (que es el test de jurisdicción); de hecho, constituyen esa violación*".²⁷⁸
- [277] La Demandante sostiene que este caso "... *trata de claras arbitrariedades cometidas por las autoridades de Guatemala a lo largo del proceso de*

²⁷² Id., párrafo 15, citando el Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafo 193.

²⁷³ Id., párrafo 16, citando el Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafo 22.

²⁷⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafos 13 y 14.

²⁷⁵ Id., párrafo 15.

²⁷⁶ Id., párrafo 17.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Id., párrafo 18.

revisión tarifaria de EEGSA, que incluyen el atropello de las garantías con las que atrajo la inversión extranjera: la vulneración del debido proceso durante el procedimiento de revisión tarifaria y la privación de la utilidad económica de la inversión. No cabe duda, por lo tanto, de que la controversia entre Iberdrola y Guatemala se refiere a 'cuestiones reguladas por el presente Tratado'..."²⁷⁹

[278] En criterio de Iberdrola "*[a] raíz de las múltiples irregularidades cometidas por las autoridades guatemaltecas en el proceso de revisión tarifaria, EEGSA presentó reclamaciones ante los tribunales locales en defensa de su propio interés social por incumplimientos de la normativa local. Iberdrola, por su parte, ha instado este arbitraje para reclamar los daños sufridos en su inversión en Guatemala como accionista indirecto de EEGSA (39,64%) por las infracciones del Tratado cometidas por Guatemala. Como ya se detalló, no hay una triple identidad de objeto, parte y causa entre aquellos procedimientos y este arbitraje*".²⁸⁰

[279] Iberdrola concluye señalando que frente al argumento de que solo podría alegarse denegación de justicia, el argumento de Guatemala queda desmentido "*... mediante un simple dato: son numerosos los casos existentes en los que un inversor ha promovido una disputa de carácter 'regulatorio' (i.e., cuando había surgido una controversia en el ámbito regulatorio) 'y contractual' (i.e., que se alegaba la no observancia de un compromiso específico del Estado relativo a la inversión) y en los que los tribunales arbitrales han condenado finalmente al Estado por vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo. En todos estos asuntos los tribunales se declararon competentes para conocer el fondo del caso. Y en ninguno de estos asuntos se entendió necesario que el inversor tuviera que haber alegado y demostrado expresamente la existencia de denegación de justicia por parte de los tribunales domésticos para poder condenar al Estado. Por lo tanto, la tercera premisa de Guatemala es tan falsa como las dos anteriores*".²⁸¹

3. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

[280] Como cuestión preliminar, el Tribunal resalta que la Demandante en su Memorial plantea como pretensión principal que el Tribunal "*... declare que las acciones atribuibles a la República de Guatemala constituyen una expropiación según el artículo 5 del Tratado...*" y "*[s]ubsidiariamente... que declare que la República de Guatemala ha incumplido sus obligaciones de protección de la inversión de Iberdrola conforme al artículo 3 del Tratado, en particular de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de Iberdrola, y/o de proporcionarles plena protección y seguridad, y/o de no interferir en la inversión y/o de observar sus obligaciones contraídas por escrito en relación con las inversiones...*".²⁸²

²⁷⁹ Id., párrafo 19.

²⁸⁰ Id., párrafo 20.

²⁸¹ Id., párrafo 22.

²⁸² Memorial, *Petitum*, página 243.

- [281] En su Réplica, la Demandante mantuvo como pretensión principal la declaración de que la República de Guatemala había expropiado su inversión en EEGSA, y planteó como pretensiones subsidiarias las mismas reclamadas como tales en el Memorial, pero agregando la petición, subsidiaria igualmente, de que se declarara que la República de Guatemala había incurrido en denegación de justicia.²⁸³
- [282] Posteriormente, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante reformula sus pretensiones y le solicita al Tribunal “[q]ue declare que las acciones atribuidas a Guatemala constituyen, alternativamente, una expropiación según el art. 5 del Tratado o un incumplimiento de sus obligaciones de protección de la inversión de Iberdrola conforme al art. 3 del Tratado, en particular de otorgar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de Iberdrola, y/o de proporcionarles plena protección y seguridad jurídica, y/o de no interferir en la inversión mediante medidas arbitrarias, y/o de observar sus obligaciones contraídas por escrito en relación con las inversiones”.²⁸⁴ Subsidiariamente, reitera su pretensión de que el Tribunal declare que Guatemala ha incurrido en denegación de justicia a Iberdrola conforme al Artículo 3 del Tratado.²⁸⁵
- [283] El Tribunal destaca que la Demandada no objeta la jurisdicción del CIADI ni la competencia del Tribunal frente a la pretensión de denegación de justicia. Por el contrario, la Demandada considera que la Demandante “solo podría... plantear una reclamación por denegación de justicia”.²⁸⁶
- [284] A continuación el Tribunal analizará el tema de la jurisdicción del CIADI y de su competencia para conocer de las pretensiones de la Demandante a que se refieren las excepciones de jurisdicción de la Demandada. En la Sección V *infra* – La Pretensión de Denegación de Justicia – el Tribunal se ocupará del asunto de su competencia en lo que respecta a esa pretensión.

4. JURISDICCIÓN DEL CIADI Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- [285] La excepción a la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal Arbitral fue planteada por la República de Guatemala con fundamento en cuerpos normativos de carácter internacional, y específicamente, con base en el Convenio del CIADI y el Tratado.
- [286] Del análisis de los argumentos planteados por las Partes, según se expuso en los párrafos 259-279 *supra*, observa el Tribunal que no existe controversia en cuanto a: (a) la nacionalidad de la Demandante; (b) que España y la República de Guatemala suscribieron el Tratado; y (c) la aplicación temporal del Tratado. En consecuencia, las Partes aceptan la jurisdicción *ratione personae* y *ratione temporis* del CIADI. La excepción de Guatemala se refiere exclusivamente a la jurisdicción *ratione materiae*; así lo han entendido ambas Partes.

²⁸³ Réplica, *Petitum*, párrafo 904.

²⁸⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, *Petitum*, página 122.

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ Memorial de Jurisdicción, Sección IV(A), página 69.

4.1 FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA

- [287] El Artículo 4 del Convenio del CIADI dispone que “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia” con lo cual, recoge sin ambages el principio de “Kompetenz-Kompetenz” e impone al Tribunal la obligación de resolver sobre las excepciones jurisdiccionales que se formulen. Esta obligación conlleva la necesidad de que el Tribunal analice las cuestiones fácticas y jurídicas que le fueron sometidas y que resulten relevantes en relación con la materia.
- [288] En este contexto, la primera tarea que debe abordar el Tribunal es la de resolver sobre su propia competencia, es decir, sobre la facultad que tiene de resolver la disputa que le ha sido planteada por las Partes. Una vez determinada su competencia, podrá el Tribunal, si llegare a la conclusión de que la tiene, resolver el fondo de las cuestiones planteadas.
- [289] En primer lugar, el Tribunal analizará dos aspectos de la excepción a la jurisdicción planteada por la Demandada que considera especialmente relevantes. Por una parte, la Demandada cuestiona la naturaleza internacional de las reclamaciones de la Demandante, señalando que no son competencia de un Tribunal constituido al amparo del Convenio del CIADI. Por la otra, considera que el Artículo 11 del Tratado es restrictivo en cuanto al tipo de controversias sobre las cuales tiene competencia el Tribunal, porque únicamente admite la discusión de controversias “respecto a cuestiones relacionadas con el presente Acuerdo”, en contraste con otros tratados concluidos por España y Guatemala que utilizan un lenguaje amplio para extender la jurisdicción del CIADI y la competencia de los tribunales arbitrales a “cualquier controversia”, “toda controversia”, “la controversias”, “las diferencias” o “toda clase de controversias o diferencias” sobre la inversión de un inversionista protegido, sin ninguna otra calificación.
- [290] Para efectos de orden, el Tribunal se referirá en primer lugar al alcance del Artículo 11 del Tratado y a continuación, al tipo de controversia que la Demandante ha sometido a su decisión, para determinar si esta cae dentro de su competencia.

4.2 EL ARTÍCULO 11 DEL TRATADO

- [291] No es un punto debatido que el consentimiento de las partes es la base fundamental del arbitraje. En el caso particular del arbitraje de inversión, ese consentimiento resulta, por una parte, de la manifestación del Estado – en un tratado, en una ley o en un contrato, por ejemplo – de su voluntad de someter a arbitraje determinadas controversias. Por la otra, de la declaración de voluntad del inversionista expresada, entre otros, en un contrato, en una solicitud de inversión o en una solicitud o demanda de arbitraje.
- [292] En el caso particular del arbitraje CIADI, el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI dispone que el consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI debe darse por escrito y que, una vez otorgado, no puede ser retirado unilateralmente. La disposición mencionada reza:

"Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado".²⁸⁷

[293] 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.

[294] 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.

[295] 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 Tratado.

[296] El Artículo 11 del Tratado establece en su parte pertinente:

"1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de la Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, la controversia podrá someterse, a elección del inversor:

a) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o

²⁸⁷ Resaltado fuera del texto original. Artículo 25 del Convenio del CIADI.

b) a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o

c) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el "Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos, por la Secretaría del C.I.A.D.I".²⁸⁸

[297] El consentimiento de la República de Guatemala para el arbitraje con inversionistas españoles bajo el Tratado fue dado en el Artículo 11 antes citado. Por ello, le corresponde al Tribunal determinar si ese texto incluye las controversias que Iberdrola ha sometido al Tribunal en este arbitraje o si una o más de tales controversias están excluidas del arbitraje, lo que implicaría la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia de este Tribunal.

[298] De lo expuesto hasta aquí se deduce que, si bien son las partes las que determinan qué asuntos quieren someter a arbitraje, es al Tribunal Arbitral a quien le corresponde, en cada caso, determinar si las controversias que le son sometidas corresponden o no a aquellas para las cuales las partes han dado su consentimiento.²⁸⁹

[299] En lo que se refiere a la interpretación del consentimiento de la República de Guatemala, expresado en el artículo 11 del Tratado, por tratarse de un consentimiento dado en un tratado internacional, el Tribunal considera necesario aplicar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁹⁰ y, particularmente, su Artículo 31(1) que establece la siguiente regla general de interpretación de los tratados:

"31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

²⁸⁸ Resaltado fuera del texto original. Artículo 11 del Tratado.

²⁸⁹ *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Objeción Preliminar, Decisión, C. I. J. Reporte 1996, página 803, párrafo 16 ("*Oil Platforms*"); *Legality of Use of Force (Yugoslavia c. Italy)*, Medidas Provisionales, Orden del 2 de Junio de 1999, C.I.J 1999, página 481, párrafo 25; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafo 157 ("*SGS c. Filipinas*"); *United Parcel Service of America Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, párrafo 34.

²⁹⁰ La Convención de Viena de 1969 se encuentra en vigor tanto para la República de Guatemala (ratificación del 21 de julio de 1997) como para el Reino de España (accesión del 16 de mayo de 1972). Véase: Naciones Unidas, *United Nations Treaty Collection, Vienna Convention on the Law of Treaties* [en línea] http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en (consultada el 14 de marzo de 2012). Asimismo, el Tribunal toma nota del reconocimiento de la regla general de interpretación contenida en el Artículo 31 de dicho tratado como parte del derecho internacional consuetudinario. Véase: *Kasikili/Sedudu Island (Botsuana c. Namibia)*, Sentencia, C.I.J. Reporte 1999, página 1045, párrafo 18; *Oil Platforms*, Objeción Preliminar, Decisión, párrafo 22.

- [300] El primer elemento de la regla de interpretación, la buena fe, tiene un doble carácter. Por una parte, obliga al intérprete, en este caso al Tribunal Arbitral, a interpretar de buena fe el texto del tratado para determinar su propia competencia. Por la otra, obliga a partir de la premisa de que el consentimiento de las partes fue otorgado de buena fe y que, por lo tanto, al momento de manifestar su consentimiento, "... *las partes lo hicieron con la intención sincera de que este produjera todos sus efectos en las circunstancias acordadas por ellas*".²⁹¹
- [301] Con respecto al texto y al contexto, el sentido natural de las palabras sugiere que las controversias para las cuales dio su consentimiento la República de Guatemala son aquellas que surgen "*respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo*". No se trata de una expresión amplia que comprenda cualquier tipo de controversias; ni siquiera se refiere a controversias derivadas de o relacionadas con una inversión, **sino solamente a controversias referentes a cuestiones reguladas por el Tratado**.
- [302] Los Estados signatarios de un acuerdo de protección de inversiones tienen amplia libertad para expresar su consentimiento en la forma que consideren conveniente. Por ende, pueden darlo para todo tipo de controversias relacionadas con inversiones o limitarlo a determinadas controversias. De ahí que los Estados puedan excluir del arbitraje determinado tipo de controversias, condicionar el sometimiento al arbitraje al cumplimiento de ciertas etapas o requisitos previos y, en general, ampliar o restringir el ámbito de las materias que pueden someterse a arbitraje.²⁹²
- [303] 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 tribunal.²⁹³
- [304] El Tribunal acoge la tesis planteada por una parte de la doctrina especializada que ha identificado cuatro tipos de disposiciones en los tratados de protección de inversiones en lo referente al consentimiento. El primer grupo de tratados permite someter a arbitraje "*todas*" o "*cualesquiera*" controversias relativas a inversiones. El segundo grupo restringe el consentimiento al arbitraje – la jurisdicción *ratione materiae* del

²⁹¹ *Inceysa Vallisoletana c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párrafo 181 ("*Inceysa c. El Salvador*"). Acerca de la relación entre el principio de la buena fe y la regla pacta sunt servanda en el contexto de la interpretación de tratados, véase: *Case Concerning the Territorial Dispute (Libia c. Chad)*, Opinión separada del Juez Ajibola, C. I. J., 3 de febrero de 1994, en: E. Lauterpach, C.J. Greenwood & A.G. Oppenheimer, *International Law Reports*, Cambridge University Press, 1995, páginas. 69 y s.s.; Taslim Olawale Elias, *The Modern Law of Treaties*, Oceana-Sijthoff, 1974, páginas 41-42; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973, páginas 119-120.

²⁹² En ese sentido, en *AES Corporation c. Argentina*, el Tribunal reconoció que "... el TBI establece en qué condiciones y eventos consintió el demandado a la jurisdicción del CIADI...". *AES Corporation c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión de jurisdicción, 26 de abril de 2005, párrafo 38.

²⁹³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/83/3, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de noviembre de 1985, párrafo 63. *Inceysa c. El Salvador*, Laudo, 2 de agosto de 2006, párrafo 176.

tribunal – a las disputas que surjan de o que sean relativas a (i) una autorización de inversión; (ii) un contrato de inversión; o (iii) la alegación de una violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión. El tercer grupo restringe la materia del arbitraje entre el inversionista y el Estado exclusivamente a violaciones de las disposiciones sustantivas del tratado mismo. El cuarto y último grupo, limita la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal a disputas acerca del *quantum* a pagar en el caso de una expropiación ilegal.²⁹⁴

[305] Algunos tribunales arbitrales han destacado la importancia de considerar el texto del tratado respectivo, para determinar si existe jurisdicción. Así, por ejemplo, el Tribunal en el caso *UPS contra Canadá* señaló:

*“La simple afirmación por una parte demandante de que una disputa se encuentra dentro de la jurisdicción del Tribunal, no es decisiva. Es el Tribunal quien debe decidir. La formulación reconoce también, de manera importante, que el Tribunal debe abordar por sí mismo las particulares disposiciones jurisdiccionales invocadas. Existe un contraste, por ejemplo, entre un otorgamiento relativamente amplio de jurisdicción sobre “disputas de inversión” y el otorgamiento más particularizado del artículo 1116, que debe leerse en conjunto con las disposiciones a que [él mismo] se refiere y que son invocadas por UPS...”*²⁹⁵

[306] El Tribunal coincide en este punto con lo alegado por Guatemala en su escrito de Excepciones a la Jurisdicción, en cuanto a que el Tratado contrasta con otros tratados bilaterales de inversión suscritos por Guatemala y por España, que extienden la jurisdicción arbitral a “cualquier controversia”²⁹⁶, “toda controversia”²⁹⁷, “las controversias”²⁹⁸, “las diferencias”²⁹⁹ o “toda clase de controversias o de diferencias”³⁰⁰ en lo

²⁹⁴ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, página 234- 235. Christoph H. Schreuer with Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention, 2009, A Commentary*, Cambridge University Press, Second Edition, página 233-236.

²⁹⁵ Traducción del tribunal. *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, párrafo 34. Texto original en inglés: *[A] claimants’ party’s mere assertion that a dispute is within the Tribunal’s jurisdiction is not conclusive. It is the Tribunal that must decide. The formulation also importantly recognizes that the Tribunal must address itself to the particular jurisdictional provisions invoked. There is a contrast, for instance, between a relatively general grant of jurisdiction over “investment disputes” and the more particularized grant in article 1116 which is to be read with the provisions to which it refers and which are invoked by UPS...”*. Véase también: *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafo 157; *Methanex c. Estados Unidos*, Caso CNUDMI, Laudo parcial de jurisdicción, 7 de agosto de 2002, párrafos 119-121; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistán*, Caso CIADI No ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párrafos 197 y 263.

²⁹⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unión Económica de Bélgica-Luxemburgo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, 14 de abril de 2005, art. 10; Acuerdo entre la República de Guatemala y la República Checa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, 8 de junio de 2003, Artículo 8.

²⁹⁷ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 26 de octubre de 1995, Artículo 11.

²⁹⁸ Tratado entre la República de Guatemala y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Capital, 17 de octubre de 2003, Artículo 10; Acuerdo entre la República de Guatemala y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 9 de septiembre de 2002, Artículo 8; Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Indonesia, 30 de mayo de 1995, Artículo 10.

²⁹⁹ Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Tunecina, 28 de mayo de 1991, Artículo 11.

referente a la amplitud de la protección.³⁰¹ El lenguaje del Tratado es restringido y correspondería a la tercera de las categorías mencionadas en el párrafo tras anterior, lo que significa que la República de Guatemala no dio un consentimiento amplio para someter a arbitraje cualquier tipo de controversias o diferencias relacionadas con inversiones efectuadas en su territorio, sino solamente aquellas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado.

- [307] En relación con el contexto, y en aplicación del Artículo 31(2) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el Tribunal considera que debe valorar en su justo sentido las declaraciones contenidas en el Preámbulo del Tratado. Algunas de esas declaraciones expresan que las Partes desean "... intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países" y que se proponen "... crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra".³⁰² Esas declaraciones y el hecho de reconocer en el mismo Preámbulo "... que la promoción y la protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo"³⁰³, constituyen objetivos que se proponen las Partes y no principios de derecho que deba aplicar el Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia. El mandato del Tribunal es el de resolver la controversia que le han planteado las Partes y no el de propiciar la intensificación de la cooperación económica o la creación de condiciones favorables a la inversión.³⁰⁴
- [308] Asimismo, en lo que se refiere al contexto (Artículo 31(2)) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), las Partes no alegaron, y menos aún probaron, la existencia de documentos o acuerdos entre los Estados que suscribieron el Tratado, que permitan llegar a la conclusión de que éstos entendieron o interpretaron el alcance de su consentimiento de una manera diferente.
- [309] En conclusión, considera el Tribunal que el consentimiento de la República de Guatemala para someter a arbitraje controversias al amparo del Tratado está claramente limitado a aquellas controversias relacionadas con "*cuestiones reguladas por*" el propio Tratado.
- [310] A continuación el Tribunal entrará a resolver sobre la jurisdicción del CIADI y su competencia y, para el efecto, deberá determinar si las controversias que Iberdrola ha sometido a este arbitraje se refieren a cuestiones reguladas por el Tratado.

³⁰⁰ Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Filipinas, 19 de octubre de 1993, Artículo 9.

³⁰¹ Memorial de Jurisdicción, párrafo 40.

³⁰² Tratado (Anexo D-36).

³⁰³ Id.

³⁰⁴ Véase Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, páginas 83-84.

4.3 LA CONTROVERSIA SOMETIDA POR LA DEMANDANTE AL TRIBUNAL ARBITRAL, A LA LUZ DEL ARTÍCULO 11 DEL TRATADO

- [311] Si bien las Partes parecen coincidir en que, textualmente, el lenguaje del Artículo 11 citado se refiere a controversias relacionadas con cuestiones reguladas por el Tratado, difieren en cuanto al alcance de dicha expresión.
- [312] La República de Guatemala considera *inter alia* que la Demandante lo que pretende es que el Tribunal "... se expida sobre cuál es la interpretación correcta, si la de Iberdrola y EEGSA por un lado o la de la CNEE, por el otro, sobre cuestiones puntuales de un procedimiento regulatorio interno para la revisión de tarifas...".³⁰⁵
- [313] Así, y en relación con el objeto de la controversia, afirma Guatemala que en el contexto del Artículo 11 del Tratado "... no hay jurisdicción si la disputa no es genuinamente una disputa bajo el Tratado" y que en "... circunstancias en las que la jurisdicción de un tribunal internacional se encuentra limitada de ese modo, corresponde a dicho tribunal asegurarse que las reclamaciones puestas a su consideración sean verdaderamente de naturaleza internacional y no reclamaciones domésticas 'disfrazadas'".³⁰⁶
- [314] La Demandante considera que las "cuestiones reguladas" en el Tratado que tienen relevancia en este asunto son, por ejemplo, la protección de la inversión frente a expropiaciones o medidas de efecto equivalente (Artículo 5), la obligación del Estado de otorgar "un tratamiento justo y equitativo" a la inversión y garantizarle "plena protección y seguridad" (Artículo 3.1); la prohibición de aplicarle "medidas arbitrarias o discriminatorias" (Artículo 3.2) y la obligación de observar las obligaciones que haya contraído por escrito "en relación con las inversiones" (Artículo 3.2). Señala Iberdrola que, precisamente, estas son sus reclamaciones en este arbitraje.³⁰⁷
- [315] Asimismo, la Demandante agrega que "[e]l caso de Iberdrola trata de claras arbitrariedades cometidas por las autoridades de Guatemala a lo largo del proceso de revisión tarifaria de EEGSA, que incluyen el atropello de las garantías con las que atrajo la inversión extranjera: la vulneración del debido proceso durante el procedimiento de revisión tarifaria y la privación de la utilidad económica de la inversión. No cabe duda, por lo tanto, de que la controversia entre Iberdrola y Guatemala se refiere a 'cuestiones reguladas por el presente Acuerdo', en palabras del art. 11.1 del Tratado...".³⁰⁸
- [316] En este orden de ideas, la Demandante resalta que ha demandado a Guatemala precisamente por vulnerar sus obligaciones internacionales de protección a la inversión³⁰⁹ y que "[l]a controversia trae causa de las obligaciones asumidas por las Partes conforme al Tratado, en tanto se trata

³⁰⁵ Memorial de Jurisdicción, párrafo 2.

³⁰⁶ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafos 43 y 44.

³⁰⁷ Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafo 118.

³⁰⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 19.

³⁰⁹ Memorial de Contestación de Jurisdicción, Sección 2.4, página 18.

de la vulneración por parte del Estado demandado de los derechos de Iberdrola como inversor en virtud del Tratado".³¹⁰

[317] Particularmente en cuanto al carácter internacional de la controversia, la Demandante manifiesta, entre otras cosas, que "... Guatemala ha decidido, para justificar su objeción, hacer caso omiso tanto del carácter de Iberdrola como inversor extranjero como de la protección debida a la inversión en virtud del Tratado" y que "[e]l propio Estado ya ha reconocido la trascendencia, a nivel internacional, que conlleva la disputa. La creación en mayo de 2009 de una Comisión Interinstitucional, presidida por el Presidente de la República, a quien 'corresponde (...) dirigir la política exterior y las relaciones internacionales', e integrado por representantes de tres Ministerios, entre ellos, el de Relaciones Exteriores, así como el Procurador General de la Nación, pone de relieve que Guatemala no percibe la controversia como un asunto de 'naturaleza doméstica'".³¹¹

[318] En el mismo sentido, la Demandante resalta que el texto del Acuerdo Gubernativo 128-2009 desmiente que la controversia planteada por Iberdrola sea un "desacuerdo regulatorio y contractual de derecho guatemalteco" ya que establece como su objeto: "apoyar y dar seguimiento a los arbitrajes internacionales de inversionistas de la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, IBERDROLA ENERGÍA, S.A. y Teco Guatemala Holdings LLC, que han planteado procedimiento[s] de controversias con fundamento en el 'Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones' y en el 'Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América' por sus siglas en inglés 'DR-CAFTA', respectivamente, en contra del Estado de Guatemala en los Centros de Arbitraje correspondientes. La Comisión funcionará hasta la finalización de los procesos arbitrales y emisión de los laudos arbitrales respectivos o se llegue a un acuerdo satisfactorio para las partes". Para tal efecto se hace necesario designar una comisión interinstitucional de carácter temporal, que se encargará de coordinar las acciones que deban seguirse para el desarrollo de los arbitrajes internacionales".³¹²

[319] Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal a continuación se referirá a la forma en que la Demandante planteó sus reclamaciones respecto de los estándares del Tratado que considera han sido violados por Guatemala.

(A) LA RECLAMACIÓN POR EXPROPIACIÓN

[320] Según se señaló en el párrafo 280 *supra*, inicialmente Iberdrola planteó su reclamación por expropiación como *petitum* principal y sus reclamaciones por violación de los estándares de plena protección y seguridad, trato justo y equitativo, no interferencia en la inversión y observancia de las demás obligaciones asumidas por escrito por la República de Guatemala en el Tratado, como subsidiarios.³¹³ La Demandante mantuvo el mismo *petitum*

³¹⁰ Memorial, párrafo 524.

³¹¹ Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafos 84 y 85.

³¹² Id., párrafo 86.

³¹³ Memorial, *Petitum*, página 243.

en su Réplica, y agregó una petición subsidiaria adicional, la relativa a la denegación de justicia. En su Escrito Posterior a la Audiencia, presentado después de la venta de la participación de Iberdrola en EEGSA, la Demandante modificó su *petitum* y solicitó al Tribunal que declarara que las acciones de Guatemala constituyen, alternativamente, una expropiación o un incumplimiento de su obligación de otorgarle un tratamiento justo y equitativo a la inversión de Iberdrola; de proporcionarle plena protección y seguridad jurídica; de no interferir en esa inversión mediante acciones arbitrarias y de cumplir sus obligaciones, contraídas por escrito, en relación con esa inversión. Como pretensión subsidiaria, la Demandante mantuvo la relativa a la denegación de justicia.³¹⁴ En ese Escrito Posterior a la Audiencia, la argumentación que parecía sustentar la reclamación que era principal – la expropiación – se convierte en una argumentación para lo que pareciera ser una nueva estrategia de la Demandante: centralizar sus reclamaciones en las alegadas violaciones de otros estándares diferentes al de expropiación, particularmente el estándar de trato justo y equitativo.

[321] Aunque la Demandante en su escrito inicial citó el Artículo 5 del Tratado relativo a la expropiación e invocó abundantes decisiones de tribunales arbitrales referentes a lo que debe entenderse por expropiación indirecta, el Tribunal no encontró ninguna concreción por parte de la Demandante de los actos de la República de Guatemala que, en derecho internacional, podrían constituir una expropiación bajo el Tratado.

[322] La Demandante afirma que existe una violación del Tratado y que la República de Guatemala es responsable de ella. En efecto, Iberdrola alega *inter alia* que, “[e]n el cálculo del VAD y de las tarifas aprobadas por la CNEE hay, al menos, tres medidas que, implementadas en su conjunto, destruyen el valor patrimonial de EEGSA...”.³¹⁵ Afirma que estas tres medidas son: (i) el cálculo de la fórmula del FRC; (ii) el cálculo del VNR y (iii) la imputación incorrecta de las pérdidas de energía.³¹⁶ Sin embargo, después de hacer esas afirmaciones, la Demandante retoma la discusión, a la luz de la ley guatemalteca de, entre otros asuntos, si el VAD es insuficiente o no desde el punto de vista económico; si a la luz de las normas guatemaltecas la resolución que puso en vigencia las tarifas es de carácter general o particular; si el cálculo de remuneración de capital debe incluir o no un factor 2 en el divisor; si el VNR debe comprender la depreciación o no; y sobre cómo, desde el punto de vista técnico, deben imputarse las pérdidas al distribuidor para el cálculo del VAD.³¹⁷

[323] Esta misma línea de razonamiento la mantiene Iberdrola en los escritos que presentó a lo largo del arbitraje, en la audiencia y en sus alegaciones finales en las que, luego de unas brevísimas reflexiones sobre la competencia del Tribunal, reitera nuevamente su interpretación, basada en el derecho de Guatemala, de cada una de las diferencias mencionadas en la Sección III *supra*. Más allá de calificar las conductas como aberrantes o violatorias del Tratado, la Demandante en ningún momento presenta un razonamiento

³¹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, *Petitum*, página 121.

³¹⁵ Memorial, párrafo 402.

³¹⁶ Id., párrafos 402 – 420.

³¹⁷ Id., párrafos 555, 559-561 y 584.

claro y concreto sobre cuáles son los actos o las conductas que, según el derecho internacional y no solamente de acuerdo con el derecho local, podrían constituir actos de expropiación.

(B) RECLAMACIÓN POR VIOLACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

- [324] A diferencia de sus escritos iniciales, el énfasis de la Demandante en las alegaciones posteriores a la audiencia no está en la alegada expropiación sino en señalar que el trato justo y equitativo es el *Grundnorm* para analizar las conductas de Guatemala. En efecto, el estándar de trato justo y equitativo, cuya alegada violación inicialmente era apenas una petición subsidiaria de la Demandante, se convierte, en su Escrito Posterior a la Audiencia, en una pretensión principal y en el centro de la reclamación de la Demandante.
- [325] No es muy distinta la línea argumentativa de la Demandante en lo que se refiere a la alegada violación del estándar de trato justo y equitativo. Invoca las normas del Tratado (Artículo 3.1) y cita la doctrina y decisiones arbitrales que se han referido a ese estándar; pero la sustentación de la reclamación, de la alegada violación del estándar del Tratado, la centra en las diferencias de interpretación de las normas guatemaltecas y en las fórmulas económicas para calcular el VAD; en la forma en que los jueces dieron la razón a Iberdrola inicialmente – en decisiones judiciales que la Demandante considera acertadas – y posteriormente a EEGSA en decisiones que la Demandante califica como complacientes.³¹⁸
- [326] En efecto, una vez definido lo que a su juicio es el estándar de trato justo y equitativo aplicable según el Tratado, la Demandante afirma que la República de Guatemala incumplió su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a sus inversiones, principalmente debido a que: (i) Guatemala sometió a EEGSA a un proceso de revisión tarifaria aberrante, “... *vulnerando el proceso debido, con disimulo y en contra de sus actos propios*”; (ii) las tarifas impuestas por la CNEE se basaron en tres arbitrariedades, a saber, un VNR irrealmente bajo, un FRC reducido por un divisor “2” y un cálculo arbitrario de las pérdidas de energía; (iii) el VAD aprobado por la CNEE es tan bajo que causa un daño injusto y priva a Iberdrola de la utilidad económica de su inversión; (iv) Guatemala defraudó la confianza legítima del inversionista; y (v) Guatemala incumplió su obligación de mantener un entorno estable para la inversión.³¹⁹
- [327] Con el fin de sustentar las anteriores afirmaciones, la Demandante retoma el mismo debate de derecho local al que se hizo referencia en la Sección III *supra*, y vuelve a alegar, esta vez bajo la etiqueta de violación del estándar de trato justo y equitativo, entre otras cosas que:³²⁰

³¹⁸ Id., párrafo 582 y Título 12, páginas 179 – 216.

³¹⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, Sección 6.1, páginas 62-73, Sección 6.2, páginas 73-89, Sección 6.3.1, páginas 91-96, Sección 6.4.2., páginas 102-104, Sección 6.5.1, páginas 108-111.

³²⁰ Las alegaciones de que tratan los puntos a-f de este párrafo 323, fueron reiterados por la Demandante *inter alia* en el Memorial, párrafos 638 y s.s.; Réplica, párrafos 422 y s.s.; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, Sección 6, página 60 y s.s.

- a. La CNEE fijó las tarifas con base en un estudio que EEGSA jamás vio ni tuvo oportunidad de comentar, a pesar de que, de conformidad con la LGE, la participación del distribuidor en la determinación del VAD es imprescindible.
- b. La CNEE disolvió unilateralmente la Comisión Pericial y desatendió sus pronunciamientos que eran de carácter obligatorio. Al respecto la Demandante resalta que al interpretar la LGE y el RLGE aplicando las reglas de interpretación del derecho guatemalteco, se llega a la conclusión de que los pronunciamientos de la Comisión Pericial eran vinculantes tanto para la CNEE como para el distribuidor.
- c. El MEM rechazó *in limine* los recursos de revocatoria interpuestos por EEGSA contra el actuar de la CNEE, a pesar de que bajo el derecho guatemalteco dicho rechazo no era legal.
- d. El VNR de EEGSA que la CNEE reconoció con base en el estudio de Sigla era ilógicamente bajo, pues consideraba una red teórica mucho menor de la necesaria y sin capacidad para servir a todos los clientes reales.
- e. Al introducir un divisor "2" en la fórmula del FRC, la CNEE dividió la tasa de retorno legal mínima, aunque la CNEE aceptó un coste de capital mínimo de 7% real anual, después de impuestos, y un sistema de empresa eficiente en el que el valor de los activos no se deprecia al calcular el VAD.
- f. La CNEE obligó al distribuidor a absorber los costos de generación y distribución de las pérdidas de energía que superen un factor teórico del orden del 6%, sin citar ninguna fuente de información objetiva que justifique la racionalidad de esa cifra.

[328] En la introducción de su Memorial, la Demandante esboza una posible alteración por parte de la República de Guatemala del "... *marco legislativo establecido, el cual ha pasado de un procedimiento tarifario estable y reglado a un procedimiento voluble y discrecional*".³²¹ Al retomar este planteamiento más adelante, en el marco de su alegación sobre trato justo y equitativo, Iberdrola se refiere a la alteración de elementos esenciales del procedimiento legal establecido, tales como "... *la participación del distribuidor en el cálculo del VAD y las garantías de neutralidad previstas por la Ley*" y a una "... *rebaja sustancial del VAD de EEGSA*", que considera "... *arbitrario y materialmente injusto*".³²²

[329] En su Réplica, la Demandante reafirma su alegación del pretendido cambio del entorno legislativo y se refiere a una "*derogación del marco legal*".³²³ Después de afirmar que la República de Guatemala utilizó el marco regulatorio para atraer inversión y de hacer una descripción de lo que, en su criterio, fueron los ofrecimientos de la Demandada, la Demandante concluye que las tres garantías básicas ofrecidas a los inversores fueron:

³²¹ Memorial, párrafo 2.

³²² Id., párrafo 639.

³²³ Réplica, párrafo 492.

"i) un VAD objetivo, calculado sobre la base de criterios técnico-económicos predeterminados por la Ley (principio de objetividad);

ii) la participación por parte del distribuidor en el proceso de determinación de las tarifas, a través del cálculo del VAD (principio de participación); y

*iii) la resolución de las eventuales discrepancias con el regulador al respecto por un órgano técnico neutral, la Comisión Pericial (principio de neutralidad)".*³²⁴

[330] En cuanto a la reclamada anulación de lo que llama el "*principio de objetividad*", la Demandante nuevamente centra su análisis en la discusión técnico-financiera de si el diseño de la red teórica de distribución realizada por Sigla para calcular el VNR podía implementarse en la realidad, y si la fórmula del FRC debe incluir o no un divisor y, de ser el caso, si es 2 el divisor correcto. Todo esto enfocado en una argumentación basada en el derecho de Guatemala, específicamente, la LGE y el RLGE.³²⁵

[331] En cuanto a lo que llama el "*principio de participación*", la Demandante, después de hacer una interpretación del alcance de la participación del distribuidor en el proceso de cálculo del VAD según la LGE y el RLGE, concluye que Guatemala anuló ese principio por cuanto la CNEE rechazó el estudio presentado por Bates White y aprobó el de Sigla, en el cual ni EEGSA ni su consultora tuvieron participación alguna. La Demandante agrega que esas actuaciones de la CNEE constituyen una violación al debido proceso, un fraude a la ley y un abuso de autoridad.³²⁶

[332] La anulación del "*principio de neutralidad*" la enfoca Iberdrola- retomando la extensa argumentación contenida en el Memorial - en la forma en la que debe entenderse, según los diferentes criterios de interpretación de la ley guatemalteca, la expresión contenida en el Artículo 75 de la LGE el cual dispone que la Comisión Pericial "*se pronunciará sobre las discrepancias*".³²⁷

[333] Concluye la Demandante en relación con su alegada alteración o derogación del marco legal o de los principios rectores para atraer la inversión – términos que utiliza indistintamente – que "*Guatemala ha destruido los principios fundamentales sobre la base de los cuales se realizó la inversión*".³²⁸ En conclusión, la Demandante hace referencia a la alteración del marco legislativo que puede producirse como consecuencia del "... *cambio de los criterios que el órgano regulador sigue para la interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias de ese marco y en el cambio de los criterios y políticas aplicados*".³²⁹ Igualmente, reitera que los principios rectores de participación, neutralidad y objetividad, que Guatemala utilizó

³²⁴ Id., párrafo 524.

³²⁵ Id., párrafos 527-544.

³²⁶ Id., párrafos 545-555.

³²⁷ Id., párrafos 556-564. A lo largo de sus escritos, la Demandante hace referencia en varias ocasiones a los criterios de interpretación de la ley guatemalteca, tales como el criterio literal, sistemático, genético y teleológico.

³²⁸ Id., Sección 5.3.5, página 157.

³²⁹ Id., párrafo 570.

para atraer la inversión de Iberdrola fueron anulados.³³⁰ Termina señalando que son las sentencias de la Corte Constitucional, en cuanto avalaron la interpretación del regulador, las que modificaron el sistema jurídico.³³¹

- [334] En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante retoma su alegación de que *"Guatemala ha efectuado un cambio radical en el marco regulatorio"* y se refiere básicamente a cuestiones relacionadas con la aprobación del estudio de Sigla, la naturaleza de los TdR y del pronunciamiento de la Comisión Pericial.³³²

(C) RECLAMACIÓN POR VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PLENA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DE LA INVERSIÓN

- [335] Según alega la Demandante, la República de Guatemala también incumplió su obligación de otorgarle plena protección y seguridad a su inversión. La Demandante considera que, de conformidad con el Tratado y la jurisprudencia internacional, según dicho estándar la Demandada estaba obligada a garantizar la seguridad jurídica de la inversión y a mantener un marco jurídico estable.

- [336] Después de citar varias decisiones de tribunales internacionales, la Demandante sustenta su reclamación principalmente en los hechos relatados bajo los estándares mencionados anteriormente, así: *"[c]on remisión a los hechos ya relatados, queda demostrado que, en la medida en que Guatemala ha bajado las tarifas de distribución eléctrica a un nivel que representa la total destrucción del valor de las acciones de EEGSA, y ha modificado el marco jurídico que regula el sector de tal manera que las garantías legales que formaban base de la decisión de invertir se han esfumado, nos encontramos ante un caso inequívoco de vulneración del principio de plena protección y seguridad; y si no se aceptase la extensión de este principio a la seguridad jurídica, del principio de trato justo y equitativo, que opera como cláusula general de protección en el Tratado España-Guatemala"*³³³ y *"[p]or las mismas razones ya expuestas, Guatemala ha vulnerado además el estándar de plena protección y seguridad consagrado en el art. 3.1 del Tratado"*.³³⁴

(D) RECLAMACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS DEMÁS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN DE IBERDROLA

A. Obligación de no-interferencia en la Inversión mediante Medidas Arbitrarias

- [337] La Demandante afirma que la primera frase del Artículo 3.2 del Tratado enuncia el principio general de no-interferencia en la inversión, de una manera tal que Guatemala tenía la obligación de garantizar un adecuado desarrollo de la inversión de Iberdrola, libre de obstáculos o impedimentos

³³⁰ Id., párrafo 571.

³³¹ Id., párrafo 572.

³³² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafos 342 y s.s.

³³³ Memorial, párrafo 749.

³³⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 358.

para su "gestión, mantenimiento, uso [o] disfrute" así como para su "venta" o "liquidación".³³⁵

- [338] En el Memorial, Iberdrola sostiene que Guatemala violó el Artículo 3.2 del Tratado y se refiere principalmente a la disolución de la Comisión Pericial, al rechazo del estudio de Bates White y a la aprobación del estudio de Sigla, que en su opinión adolecía de varias falencias técnicas.³³⁶ Posteriormente, en su Réplica, la Demandante retoma su alegada violación al Artículo 3.2 del Tratado y explica que las medidas arbitrarias de Guatemala fueron principalmente tres: (i) una base de capital remunerable o VNR ilógicamente bajo; (ii) un FRC dividido arbitrariamente por dos; y (iii) una política arbitraria de pérdidas de energía.³³⁷

B. Obligación de Honrar los Compromisos Específicos Contraídos por Escrito en Relación con la Inversión de Iberdrola

- [339] Para la Demandante, la conducta de Guatemala "... vulnera también lo dispuesto por el art. 3.2 in fine del Tratado, que establece que '[c]ada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que hubiese contraído por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante'".³³⁸

- [340] La Demandante señala principalmente que "[l]os dos Contratos de Autorización entre el MEM y EEGSA, que constituyen la base legal de la distribución eléctrica, contienen una cláusula, la 9.B.d), en la cual el MEM se obligó a no hacer nada que impidiera o afectara el desarrollo y operación de la empresa de distribución ni que aumentara significativamente el costo de su actividad". La Demandante también hace referencia a las cláusulas novena, decimoséptima y vigésima del Contrato de Autorización.³³⁹

- [341] La Demandante sustenta su reclamación refiriéndose, nuevamente, al "[e]fecto devastador" del VAD impuesto por el Estado que, a su juicio, hace que la actividad de EEGSA sea injustificadamente costosa y al cálculo del VAD hecho por Sigla que utiliza un VNR, según alega, basado en un modelo de red que es inviable.³⁴⁰ La Demandante también resalta que "[p]or las razones ya expuestas, a cuya relación nos remitimos, los actos administrativos ya descritos han hecho caso omiso de esa obligación y han hecho aumentar significativamente los costos de EEGSA. Por ejemplo: la red diseñada por la CNEE y Sigla para determinar los costos de una "empresa eficiente" es notoriamente insuficiente, pues la demanda a la que EEGSA ha de abastecer es muy superior en la realidad. Otro ejemplo: la consideración por Sigla de materiales que no se emplean en Guatemala resulta en menores costos, pero obviamente no se ajustan a la realidad del distribuidor. Estos costos –cuya relación aquí no es exhaustiva– no pueden

³³⁵ Memorial, párrafo 767.

³³⁶ Id., párrafos 767 y s.s.

³³⁷ Réplica, párrafos 657 y s.s. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante alega que las tres medidas señaladas constituyen una violación al estándar de trato justo y equitativo y al Artículo 3.2 del Tratado, párrafo 282.

³³⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 336.

³³⁹ Id., párrafo 337 y Réplica, párrafo 709. Véase cláusulas transcritas en la Sección II(1) *supra*.

³⁴⁰ Memorial, párrafo 781 y 782.

reducirse, por ser necesarios para cumplir con los niveles de calidad y servicio a que EEGSA viene obligada. Al no reconocerse esos costos en la red diseñada por Sigla, los costos han aumentado proporcionalmente".³⁴¹

[342] La Demandante también alega que, frente a estos actos EEGSA reclamó la intervención correctora del MEM, interponiendo sendos recursos de revocatoria contra las Resoluciones de la CNEE, y que "... *el MEM los rechazó de plano, escudándose en vacuos argumentos formales y haciendo la vista gorda a la conducta arbitraria e injusta de su inferior. De esa manera el MEM, en ejercicio de su poder soberano, ignoró a su vez y por completó (sic) su obligación para con la actividad de la distribución contraída en virtud del Contrato de Autorización*".³⁴²

[343] Por otro lado, en relación a la reclamación de la Demandante por la supuesta violación de la Demandada de la obligación de honrar los compromisos específicos contraídos por escrito en relación con la inversión de Iberdrola (Artículo 3.2 *in fine* del Tratado), las Partes presentaron alegaciones breves sobre el lenguaje de este artículo del Tratado.

[344] La Demandada alegó que "*Iberdrola no analiza ni tan sólo el lenguaje de la segunda frase del artículo 3.2 que no refleja una cláusula paraguas clásica, ni explica como [sic] puede invocar los Contratos no siendo parte a (sic) los mismos*".³⁴³

[345] Al respecto, la Demandante sostuvo que "... *resulta estéril, en el caso que nos ocupa, la discusión conceptual sobre si el art. 3.2.II del Tratado constituye o no una cláusula [sic] paraguas más o menos "clásica". El art. 3.2.II del Tratado dice lo que dice: que Guatemala está obligada a observar 'cualquier otra obligación que hubiese contraído por escrito en relación con las inversiones' de Iberdrola. Tal y como está formulado, el artículo es suficientemente claro; recurrir a etiquetas preestablecidas –especialmente si son tan esquivas como ésta– dificulta, más que facilita, su interpretación*".³⁴⁴

[346] La Demandante no presentó una reclamación o solicitud al Tribunal para que este declarara que el Artículo 3.2 *in fine* del Tratado constituye una cláusula paraguas y, además, las Partes no le dieron relevancia al tema. En consecuencia, el Tribunal no se pronunciará sobre esta cuestión.

(E) CONCLUSIONES SOBRE LAS ALEGACIONES DE LOS ESTÁNDARES

[347] Como cuestión liminar debe el Tribunal advertir que los escritos posteriores a la audiencia son memoriales de conclusiones, es decir, escritos destinados a recapitular lo alegado y probado durante el transcurso del arbitraje. Pero no son, ni puede el Tribunal permitir que sean, una nueva oportunidad para que las Partes reformulen sus peticiones o sus argumentos. Aceptar que las Partes, en los escritos de conclusiones puedan introducir cambios al *petitum* o a la estructura de las reclamaciones, constituiría una clara vulneración del

³⁴¹ Réplica, párrafo 720.

³⁴² Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 340.

³⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 766.

³⁴⁴ Réplica, párrafo 702.

derecho de contradicción e introduciría el caos al proceso. En consecuencia, un tribunal arbitral - ante una situación como la descrita, en la que una de las partes modifica su *petitum* en el escrito de conclusiones – debe concretarse a analizar el *petitum* según haya sido formulado antes de los cambios contenidos en el escrito posterior a la audiencia.

[348] En esta línea de pensamiento, el Tribunal no puede pasar por alto el hecho de que la Demandante, como se detalló en los párrafos 280 - 282 *supra*, formuló su *petitum* en el Memorial, agregó en la Réplica un *petitum* subsidiario de denegación de justicia y reformuló su *petitum* en su Escrito Posterior a la Audiencia. Tampoco puede el Tribunal ignorar el hecho de que en el Memorial, cuya pretensión principal es la expropiación, la propia Demandante definió lo que consideraba era el centro de la presente controversia, en los siguientes términos: "*[I]a presente controversia surge del abuso de poder del Gobierno de la República de Guatemala... que resultó en la imposición de una tarifas de distribución de energía eléctrica para el quinquenio 2008-2013 que destruyen el valor patrimonial de Empresa Eléctrica de Guatemala ...*"³⁴⁵ y que "*[I]a fijación unilateral del VAD aplicable a EEGSA por la CNEE, en violación de todas las garantías legales y convencionales exigibles, constituye el centro de la presente controversia*".³⁴⁶

[349] Como bien se puede observar en los diferentes escritos y alegaciones formuladas a lo largo de este arbitraje, la sustentación de la Demandante de la alegada violación de Guatemala de los estándares del Tratado se basa en las diferencias de interpretación de las normas de la República de Guatemala y de las fórmulas económicas para calcular el VAD que tuvieron EEGSA y la CNEE, durante el proceso de revisión tarifaria para el quinquenio 2008 - 2013. Más allá de etiquetar las actuaciones de la Demandada, la Demandante no presenta un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son, a su juicio, los actos de imperio de la República de Guatemala que, en derecho internacional, podrían constituir violaciones del Tratado. En las alegaciones de la Demandante, el Tribunal no encuentra más que una discusión de derecho local, que no tiene competencia para retomar y volver a resolver como si fuera una corte de apelación. A continuación, el Tribunal desarrolla este tema.

5. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN DEL CIADI Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

[350] Para el Tribunal Arbitral es claro, como se expondrá más adelante, que un tribunal internacional no tiene competencia por el solo hecho de que una de las partes del proceso afirme que el derecho internacional ha sido vulnerado. En un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si esta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado. Según se analiza a continuación, la Demandante no demostró esa premisa básica y se limitó a someter a la consideración del Tribunal una controversia de derecho nacional guatemalteco.

³⁴⁵ Memorial, párrafo 1.

³⁴⁶ Id., párrafo 176.

- [351] Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al derecho guatemalteco. En los distintos escritos presentados durante el arbitraje, las Partes debatieron *in extenso* sobre la forma en la que debían interpretarse determinadas disposiciones del derecho guatemalteco, y particularmente, las disposiciones de la LGE y el RLGE.
- [352] Asimismo, en las audiencias, el debate se centró en aspectos de derecho guatemalteco y en las diferencias técnicas y financieras que existieron para el cálculo del VAD y sus componentes. Se suscitaron amplios debates técnicos sobre la extensión y características de la red; discusiones de índole financiera sobre el cálculo del VAD y sus componentes, sobre los aciertos o errores de los peritos de las Partes y sobre la forma en que debían interpretarse las normas del sistema jurídico guatemalteco. No existió, salvo de manera marginal, debate acerca de las violaciones del Tratado, o del derecho internacional, o de cuáles actuaciones de la República de Guatemala, en ejercicio de poder del Estado, habían violado determinados estándares contenidos en el Tratado.
- [353] Por la forma en que se desarrollaron el debate y las audiencias y por los temas que se plantearon, este proceso semejaba más un arbitraje comercial internacional que uno de inversión. Por ello, el Tribunal de manera expresa solicitó a las Partes un pronunciamiento sobre las supuestas violaciones al Tratado que se habían dado, en qué consistían y mediante cuáles actos específicos se habían concretado. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante, si bien vuelve a citar las normas del Tratado y a referirse a decisiones de otros tribunales internacionales, se siguió centrando en las diferencias de interpretación, según el derecho guatemalteco, de los temas tantas veces mencionados en el presente laudo. El Tribunal reitera que más allá de etiquetar las conductas de la CNEE como violatorias del Tratado, no planteó la Demandante una controversia bajo el Tratado y el derecho internacional, sino un debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado demandado.
- [354] En efecto, tal como planteó la Demandante su reclamación en este caso, lo que pide del Tribunal - con independencia de la denominación que le dé a sus reclamaciones - es la revisión de las decisiones regulatorias de la CNEE, del MEM y las judiciales de las cortes guatemaltecas, no a la luz del derecho internacional, sino del derecho interno de Guatemala. El Tribunal, según la reclamación planteada por la Demandante, tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia, para definir, entre otros y a la luz del derecho guatemalteco, los siguientes asuntos:
- a. Si los antecedentes y los modelos en los que se basó el régimen de fijación de tarifas de Guatemala son relevantes para interpretar las disposiciones de la LGE y del RLGE. De ser este el caso, si dichos antecedentes y modelos apoyan la interpretación de la inversionista o la del Estado.

- b. El alcance de la participación del distribuidor en el cálculo del VAD (particularmente, con base en los Artículos 74 y 75 de la LGE y 97 y 98 del RLGE) y si el consultor tenía la facultad de separarse de los Términos de Referencia.
- c. La fórmula correcta para calcular el VAD y en particular para definir: (a) el VNR necesario para determinar la base de capital remunerable; (b) el FRC que multiplicado por el VNR resulta en el coste anual del capital; y (c) las pérdidas de energía. Lo anterior obligaría al Tribunal a definir si el VAD correcto fue el resultante del primer estudio de Bates White, el del segundo estudio de esa empresa, el determinado por la Comisión Pericial, el definido por Sigla, el establecido por Estanga y Suárez, el fijado por Damonte o, incluso, el ofrecido por el señor Pérez en la tan discutida reunión con funcionarios de EEGSA.
- d. La interpretación correcta de los Artículos 73 y 79 de la LGE que señalan la tasa de actualización que se debe utilizar para calcular las tarifas.
- e. Si era procedente o no el rechazo *in limine* efectuado por el MEM de los recursos de revocatoria interpuestos por EEGSA contra las Resoluciones CNEE-144, 145 y 146 del 2008. De no serlo, los efectos y consecuencias de la actuación del MEM.
- f. La interpretación correcta de las normas referentes a la contratación de estudios tarifarios y si esas normas autorizaban a la CNEE para contratar su propio estudio tarifario, independiente del estudio del distribuidor.
- g. Las facultades de la CNEE y, en particular, aunque no exclusivamente, si esas facultades eran simplemente de supervisión, en lo que respecta a la determinación de las tarifas, o si le correspondía fijar esas tarifas.
- h. Si el pronunciamiento de la Comisión Pericial era vinculante, (como se señaló, sobre este asunto se dio un extenso debate basado en los criterios de interpretación de la ley guatemalteca).
- i. Si existió un acuerdo entre la CNEE y EEGSA sobre las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial. De ser ese el caso, si ese acuerdo era válido.
- j. Si la decisión unilateral de la CNEE de disolver la Comisión Pericial fue legal.
- k. Si la actuación de la CNEE al rechazar el estudio del consultor de la Demandante y acoger el de Sigla fue legal.
- l. El alcance de las cláusulas novena, décimo séptima y vigésima del Contrato de Autorización.

[355] En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo con el derecho guatemalteco y que le conceda la razón en su interpretación de cada uno de los asuntos debatidos, de manera que, a partir de esa decisión de este

Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado.

- [356] Para el Tribunal es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una sobre "*cuestiones reguladas*" por el Tratado.³⁴⁷
- [357] Según se señaló, la Demandante no demostró que si su posición en cuanto a las diferencias de derecho local que originaron este conflicto fuera la correcta, la consecuencia sería que la Demandada vulneró el Tratado o el derecho internacional. Tal demostración es necesaria para que el CIADI pueda tener jurisdicción y el Tribunal competencia. Así parece reconocerlo la propia Demandante, quien afirmó que "... *no se trata de demostrar elementos suficientes para que el Tribunal decida preliminarmente si hay o no una violación de las normas del Tratado (eso es cosa del fondo), sino que se trata de comprobar que los hechos alegados, de ser ciertos, podrían constituir una violación de las normas del Tratado*".³⁴⁸
- [358] El debate de derecho internacional que se dio durante este proceso fue meramente teórico, referente a la procedencia de la aplicación a este caso de lo resuelto en algunos laudos que la Demandante citó, así como sobre el contenido de los estándares de protección. Sin embargo, en definitiva, no hay en los escritos de la Demandante una conexión entre los hechos que alega y los estándares que invoca, ni una materialización del hecho o hechos de imperio que, a la luz del derecho internacional, podrían haber sido considerados violaciones de sus derechos según el Tratado.
- [359] El Tribunal no puede entrar a conocer el debate sobre derecho interno que, en forma reiterativa, ha planteado la Demandante y señalar el vínculo, en el contexto del derecho internacional, - que no ha establecido la Demandante - entre los actos del ente regulador guatemalteco, del MEM y de las cortes guatemaltecas y los estándares del Tratado.
- [360] La Demandante, al sustentar su posición de que la presente controversia es internacional, alegó que Guatemala le reconoció ese carácter al crear una Comisión Interinstitucional que, de conformidad con el Acuerdo Gubernativo 128-2009, tenía el objeto *inter alia* de "*apoyar y dar seguimiento al arbitraje internacional*" iniciado por Iberdrola.³⁴⁹
- [361] El Tribunal no comparte la posición de la Demandante. La creación de una comisión como la mencionada no puede darle a una controversia el carácter de ser una controversia de derecho internacional. Admitir lo contrario llevaría al absurdo de que cualquier acto que efectúe un Estado para defenderse de una reclamación internacional, e incluso las actuaciones que

³⁴⁷ Por la forma en que la Demandante planteó su caso, el Tribunal ni siquiera tiene competencia para considerar las alegaciones de las Partes acerca de la naturaleza regulatoria o contractual de la controversia, ya que esta sería, ante todo, una cuestión relativa al fondo de la controversia.

³⁴⁸ Memorial de Contestación de Jurisdicción, párrafo 37.

³⁴⁹ Id., párrafo 86.

realice para conducir las negociaciones previas exigidas por ciertos acuerdos internacionales de inversión, implicaría un reconocimiento *ex ante* de que existe una controversia internacional, a la luz del instrumento aplicable al caso.

- [362] La Demandante señala que el derecho guatemalteco y las actuaciones de sus órganos *"... forman parte del supuesto de hecho o sub-stractum de hechos que el Tribunal Arbitral debe considerar al enjuiciar y decidir el caso, a la luz de los estándares de protección establecidos en el Tratado bilateral"*³⁵⁰. Indica, además, que aunque el incumplimiento de una obligación internacional debe ser juzgado según las disposiciones de ese derecho, *"... para establecer los hechos que dan lugar al incumplimiento es necesario analizar las concretas actuaciones de los órganos guatemaltecos involucrados"*.³⁵¹ Agrega que *"... Iberdrola no pretende en este procedimiento que el Tribunal Arbitral diga cuál es el Derecho de Guatemala o revise las actuaciones de sus tribunales. Lo que pretende Iberdrola es que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre determinadas acciones adoptadas por la administración y el Gobierno de Guatemala que infringieron sus derechos como inversor establecidos en el Tratado bilateral de protección de inversiones entre el Reino de España y la República de Guatemala"*.³⁵²
- [363] El Tribunal tampoco comparte este razonamiento de la Demandante en el contexto de la disputa que esta ha planteado.
- [364] Por una parte, como se indicó anteriormente, lo que planteó Iberdrola no es una controversia referente a la legalidad en el contexto internacional de los actos de un Estado que afectan los derechos del inversionista. La Demandante no formuló sus alegaciones de forma tal que las cuestiones de derecho nacional que presentó fueran *"... parte del supuesto de hecho o sub-stractum de hechos que el Tribunal Arbitral debe considerar al enjuiciar y decidir el caso, a la luz de los estándares de protección establecidos en el Tratado bilateral."*³⁵³
- [365] No puede la Demandante sostener válidamente que el derecho nacional de Guatemala debe tomarse como un hecho en la controversia que sometió al Tribunal. La Demandante planteó este proceso para que se resolviera una cuestión de "derecho", una serie de diferencias sobre normas del sistema jurídico guatemalteco respecto de las cuales existió, en su criterio, una interpretación equivocada por parte del órgano regulador y del sistema judicial guatemalteco, que ahora le pide a este Tribunal que revise.
- [366] La única responsabilidad del Estado que cabe analizar dentro de la competencia de este Tribunal, es la internacional la cual se determina a la luz del derecho internacional. En este punto no tienen diferencias las Partes. Lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento

³⁵⁰ Id., párrafo 151.

³⁵¹ Id., párrafo 97.

³⁵² Id., párrafo 152.

³⁵³ Id., párrafo 151.

internacional, el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala.

[367] Es cierto, como lo señala la Demandante, que la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional.³⁵⁴ Pero no es menos cierto que si el Estado actuó invocando el ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, mediante las cuales interpretó de una determinada manera su normatividad interna, un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado.

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

[369] En efecto, como acertadamente expresó el tribunal del caso *Robert Azinian c. México*:

*“Las frases hechas, no obstante, no pueden sustituir el análisis. Los términos “confiscatorio”, “destrucción de los derechos contractuales como un activo” o “revocación” pueden servir para describir incumplimientos contractuales que deban ser considerados extraordinarios y, por tanto, constitutivos de expropiación, pero ciertamente no indican las bases con las cuales se hará la crucial distinción entre expropiación e incumplimiento contractual ordinario. La gravedad de cualquier incumplimiento está sujeto al punto de vista del afectado, lo que no resulta satisfactorio a los presentes efectos”.*³⁵⁵

³⁵⁴ Comisión de Derecho de Internacional de las Naciones Unidas, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Artículo 3.

³⁵⁵ *Robert Azinian y otros c. México*, Caso CIADI No ARB (AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafo 90 (“*Robert Azinian c. México*”).

[370] El Tribunal reitera que coincide con la República de Guatemala en que:

"... la demanda de Iberdrola, basada en si la CNEE podía o no rechazar el estudio Bates White o aprobar el de Sigla, si debía o no delegar esta función en la Comisión Pericial, o si se cumplieron correctamente los aspectos técnicos de cálculo del VNR y del Factor de Recuperación de Capital, se funda solamente en la interpretación de la regulación guatemalteca. La reclamación de Iberdrola no es, ni puede ser, por lo tanto, una reclamación de derecho internacional.

"... [I]o que Iberdrola le está pidiendo a este Tribunal es simple y llanamente que decida cuál es la interpretación correcta, la de Iberdrola y EEGSA por un lado, o la de la CNEE, por el otro, sobre cuestiones puntuales del procedimiento guatemalteco de revisión tarifaria. También se le pide a este Tribunal que rehaga la revisión tarifaria como si éste fuera una agencia regulatoria nacional. Es claro que dichas actuaciones escapan totalmente a las funciones de un tribunal internacional".³⁵⁶

[371] Si la situación es la descrita en los párrafos anteriores y la interpretación del órgano regulador fue respaldada por los tribunales locales, para que este Tribunal pudiera resolver el presente proceso la Demandante tendría que haber demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el Tratado. Como lo señaló el laudo dictado en el caso Azinian c. México:

"Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones...El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo... resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional".³⁵⁷

[372] En esa misma línea de pensamiento, que este Tribunal comparte, el Tribunal en el caso *Generation Ukraine c. Ucrania* - en el que se discutió sobre una reclamación bajo un TBI, en razón de actos regulatorios de la municipalidad de Kiev - señaló:

"... Este Tribunal no ejerce la función de un órgano administrativo de revisión [encargado de] asegurar que las agencias domésticas ejerzan sus tareas diligente, consciente o eficientemente. Esa función se encuentra dentro del dominio propio de las cortes y tribunales domésticos, que son conocedores de la minucia del régimen regulatorio aplicable [...] la única posibilidad en este caso para que la serie de reclamaciones relativas a asuntos altamente técnicos del régimen de planeación ucraniano, se transformen en una violación del TBI, sería que a la Demandante se le hubiera denegado justicia

³⁵⁶ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafos 2-3.

³⁵⁷ *Robert Azinian c. México*, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafos 83-84 y 97.

ante las cortes ucranianas, en un intento por resolver estos asuntos técnicos de buena fe".³⁵⁸

[373] Por lo expuesto, el Tribunal declarará con lugar la excepción de jurisdicción propuesta por la Demandada, con respecto a las peticiones de la Demandante de que se declare la ocurrencia de una expropiación, la violación del estándar de trato justo y equitativo, la violación de la obligación de proporcionar plena protección y seguridad y el desconocimiento del mandato de cumplir las demás obligaciones impuestas por el Tratado.

V. LA PRETENSIÓN DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA

POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

[374] La Demandante rechaza el argumento de Guatemala de que la única protección que ella podría reclamar bajo el Tratado es la de denegación de justicia e invoca formalmente esa pretensión en su Réplica, "*con carácter estrictamente subsidiario*".³⁵⁹

[375] La Demandante afirma que no presentó anteriormente la reclamación de denegación de justicia "*...por la sencilla razón de que [en ese momento es] cuando [culminó]*".³⁶⁰ Explica que la última sentencia de la Corte de Constitucionalidad, que resolvió el amparo de EEGSA contra la GJ-Providencia 3121 es de fecha 24 de febrero de 2010, esto es, el día anterior a aquél en el que presentó el Memorial de Contestación de Jurisdicción (en el que hizo expresa reserva del derecho a formular alegaciones sobre las consecuencias de esa sentencia).³⁶¹

[376] En opinión de la Demandante, "*[I]a denegación de justicia exige valorar la tutela dada en concreto [al inversionista] por el sistema de justicia y no se reduce al análisis de la concreta sentencia*".³⁶² Agrega que, por medio de una serie de actos de diversos órganos del Estado (la CNEE, el MEM y la Corte de Constitucionalidad), la Demandada "*...hurtó a EEGSA la tutela efectiva que ésta solicitó reiteradamente...*".³⁶³

[377] Según la Demandante, Guatemala "hurtó" a EEGSA esa tutela efectiva mediante: (i) la vulneración por la CNEE del debido proceso administrativo; (ii) la obstrucción por el MEM del derecho de acceso a la justicia; y (iii) la

³⁵⁸ Traducción del tribunal. *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 15 de septiembre de 2003, párrafo 20.33 ("*Generation Ukraine c. Ucrania*"). Texto original en inglés: "... *This Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently. That function is within the proper domain of domestic courts and tribunals that are cognisant of the minutiae of the applicable regulatory regime... the only possibility in this case for the series of complaints relating to highly technical matters of Ukrainian planning law to be transformed into a BIT violation would have been for the Claimant to be denied justice before the Ukrainian courts in a bona fide attempt to resolve these technical matters*".

³⁵⁹ Réplica, párrafo 750.

³⁶⁰ Id., párrafo 751.

³⁶¹ Id., párrafo 751.

³⁶² Id., Sección 10.4, página 215.

³⁶³ Id., párrafo 752.

violación por la Corte de Constitucionalidad del debido proceso, por ausencia de motivación real.³⁶⁴

- [378] En cuanto a la vulneración por la CNEE del debido proceso administrativo, la Demandante reitera que la CNEE cometió varias irregularidades en el procedimiento de determinación del VAD, en particular, al repudiar el estudio de Bates White, aprobar el de Sigla y además al invocar el Artículo 98 del RLGE para fundamentar esos actos. La Demandante considera que esas actuaciones de la CNEE se efectuaron "*simulando*" la aplicación de una norma para dar apariencia de legalidad.³⁶⁵
- [379] Lo anterior, para la Demandante, "*... constituye una quiebra manifiesta del debido proceso, con el efecto inmediato de silenciar a EEGSA en el procedimiento y anular su participación en el cálculo del VAD.*"³⁶⁶
- [380] Agrega la Demandante que "*[I]os propios tribunales guatemaltecos declararon, en primera instancia, que la CNEE violó el debido proceso, el principio de legalidad y el derecho de defensa de EEGSA.*"³⁶⁷
- [381] La Demandante también alega que, si bien para efectos de la presente reclamación analiza los hechos desde la perspectiva de la denegación de justicia, "*[I]a arbitrariedad y las infracciones del proceso debido que han caracterizado la fijación de las tarifas de la inversión de Iberdrola, EEGSA, y el daño que estas medidas ocasionan a Iberdrola como inversor, son per se suficientes para constituir un ilícito por infracción del estándar de tratamiento justo y equitativo...*"³⁶⁸
- [382] En cuanto al segundo asunto, esto es, la alegada obstrucción por el MEM del derecho de Iberdrola de acceso a la justicia, la Demandante reitera que el MEM, sin fundamento, rechazó de plano los recursos de revocatoria que interpuso EEGSA contra las Resoluciones CNEE 144, 145 y 146. Al respecto, señala que "*[I]as razones que el MEM dio para el cierre fueron el carácter supuestamente general de las resoluciones y, en el caso de la fundamental Resolución 144-2008, un argumento que transpira mala fe: le achaca no haber identificado con precisión "la fecha de notificación" (art. 11.III de la Ley de lo Contencioso-Administrativo), cuando sabe que EEGSA no había sido notificada, sino que la resolución fue publicada en el Diario de Centroamérica.*"³⁶⁹
- [383] Según la Demandante, al rechazar de plano los recursos de revocatoria sin fundamento alguno, el MEM "destruyó" el derecho de EEGSA de someter el fondo de la cuestión tarifaria a la jurisdicción contencioso-administrativa.³⁷⁰
- [384] La Demandante dice además, que EEGSA se vio obligada a plantear el amparo directamente contra las decisiones sobre el fondo, y no contra la

³⁶⁴ Id., Sección 10.4, página 215 y s.s.

³⁶⁵ Id., párrafo 761.

³⁶⁶ Id., párrafo 762.

³⁶⁷ Id., párrafo 757.

³⁶⁸ Id., párrafo 763.

³⁶⁹ Id., párrafo 765.

³⁷⁰ Id., párrafos 764 y s.s.

decisión del MEM, debido a que "...la Corte de Constitucionalidad, en reciente pero ya consolidada línea jurisprudencial, ha autorizado a las autoridades administrativas a inadmitir recursos a limine".³⁷¹

- [385] También sostiene la Demandante que el amparo es un medio de defensa extraordinario, que no sustituye a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que el cierre *in limine* decretado por el MEM supuso una autentica obstrucción a su derecho de acceso a la justicia.³⁷²
- [386] La Demandante agrega que el MEM actuó de manera contradictoria; al rechazar, por un lado, los recursos administrativos de EEGSA, y por el otro, al alegar en sede judicial que EEGSA no había agotado los recursos administrativos establecidos en la ley ("*principio de definitividad*").³⁷³
- [387] Por último, la Demandante reitera que, si bien para efectos de esta reclamación analiza los hechos desde la perspectiva de la denegación de justicia, la conducta obstruccionista del Gobierno guatemalteco no es compatible con las obligaciones del Tratado de dar plena protección y seguridad jurídica a su inversión.³⁷⁴
- [388] En relación con el tercer punto, relativo a la violación por la Corte de Constitucionalidad del debido proceso, la Demandante alega que "[c]on sus Sentencias de 18 de noviembre de 2009 y de 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad revocó el amparo concedido por ambos Juzgados, convalidó el procedimiento seguido para determinar el VAD de EEGSA sin su participación efectiva y consolidó, dándole carácter permanente, una mutación del modelo de fijación de tarifas, que pasó a basarse en la discrecionalidad de la CNEE".³⁷⁵
- [389] La Demandante afirma que "[l]o que se dice sobre la primera [sentencia] vale para la segunda, pues ésta se limita a reproducir retazos de la misma argumentación de aquélla" y agrega que la sentencia de 18 de noviembre de 2009 se caracteriza por una "*flagrante incongruencia omisiva*" y por la "*ausencia de criterios de interpretación jurídica elementales*".³⁷⁶ Concluye que en dicha sentencia "[n]o hay ni una palabra sobre la cuestión nuclear de la discusión...".³⁷⁷
- [390] La Demandante sostiene que la motivación es una exigencia esencial del debido proceso y que la motivación de la Corte de Constitucionalidad fue, en algunos casos inexistente, y en otros, sólo aparente.³⁷⁸
- [391] Iberdrola resalta que el *thema decidendum* de la decisión de la Corte era el relativo al rechazo de la CNEE del estudio de Bates White y la aprobación del de Sigla, bajo el Artículo 98 del RLGE. Después de exponer nuevamente las

³⁷¹ Id., párrafo 768.

³⁷² Id., párrafos 769 y 770.

³⁷³ Id., párrafo 771.

³⁷⁴ Id., párrafo 772.

³⁷⁵ Id., párrafo 773.

³⁷⁶ Id., párrafo 774.

³⁷⁷ Id., párrafo 775.

³⁷⁸ Id., párrafo 777.

razones por las cuales considera que esa actuación de la CNEE es insostenible a la luz de la LGE y del RLGE, la Demandante afirma que en la sentencia "*no hay motivación alguna*" frente a este punto fundamental.³⁷⁹

- [392] De igual manera, la Demandante señala que el fallo de la Corte es *infra petita*, lo que a su juicio equivale siempre a una denegación de justicia pues "*...equivale a no contestar en absoluto, a negar por completo el acceso a la justicia*".³⁸⁰
- [393] En cuanto a la alegada "*apariencia de motivación*", la Demandante se refiere a los considerandos de la Corte sobre el carácter vinculante o no de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y alega que éstos son tan deficientes que no alcanzan la "*categoría de argumento jurídico*". Seguidamente, la Demandante describe lo que considera es la correcta interpretación de la LGE según los criterios de interpretación de la ley guatemalteca (el literal, el sistemático, el genético y el teleológico).³⁸¹
- [394] Para la Demandante, las otras consideraciones que contiene la sentencia de la Corte de Constitucionalidad "*...no pasan de pseudo-argumentos, pues ponen la conclusión como premisa; presuponen lo que están tratando de demostrar; en suma, hacen supuesto de la cuestión. Así los excursus sobre la naturaleza del dictamen pericial y la indelegabilidad de funciones*".³⁸²
- [395] La Demandante agrega que en el marco de los tratados de protección de inversiones, la denegación de justicia es una *species* del *genus* tratamiento justo y equitativo y que "[l]a denegación de justicia se define hoy, pues, sencillamente como el tratamiento injusto dispensado por un Estado específicamente a través de su sistema de administración de justicia".³⁸³
- [396] Para la Demandante, de lo anterior se derivan tres consecuencias: (i) la identificación de la noción de la denegación de justicia con su reverso, el debido proceso judicial, de modo que existe denegación de justicia cuando no hay debido proceso judicial y viceversa; (ii) que el estándar no incluye necesariamente la mala fe; y (iii) que en los casos en que sea aplicable un tratado bilateral que incluya la obligación de dispensar al inversor un tratamiento justo y equitativo –como lo hace el de España-Guatemala–; el estándar de la denegación de justicia se amplía necesariamente en comparación con aquellos casos en los que no existe un tratado.³⁸⁴
- [397] La Demandante alega que en el presente caso no es "*... aplicable el estándar del Derecho internacional consuetudinario –que, por lo demás, también se identifica con la quiebra del due process judicial–, sino el estándar específico y cualificado del Tratado España-Guatemala*".³⁸⁵

³⁷⁹ Id., párrafos 788 y s.s.

³⁸⁰ Id., párrafo 791.

³⁸¹ Id., párrafos 793 y s.s.

³⁸² Id., párrafo 816.

³⁸³ Id., párrafo 830.

³⁸⁴ Id., párrafo 830.

³⁸⁵ Id.

[398] La Demandante concluye afirmando que según el estándar “amplio” del Tratado cabría determinar que Guatemala “...incurrió en denegación de justicia, sea desde el punto de vista de la tutela efectivamente dada por su sistema de justicia, como desde el punto de vista del análisis de la concreta sentencia (o sentencias en este caso) que rechazan finalmente los reclamos planteados por la empresa objeto de la inversión, violando las obligaciones internacionales hacia los inversores asumidas en virtud del Tratado”.³⁸⁶

POSICIÓN DE LA DEMANDADA

[399] Según la Demandada, la controversia planteada por la Demandante ante el Tribunal es, a lo sumo, una diferencia de derecho guatemalteco que ya fue sometida a las cortes locales. En este sentido, reitera la Demandada que, ante meras discrepancias entre el inversor y un ente administrativo, la única reclamación hipotética bajo el Tratado sería que los tribunales locales denegaran justicia.³⁸⁷

[400] La Demandada señala, en primer lugar, que la Demandante *descubrió* “... por primera vez en su Memorial de Réplica que según ella ha sido víctima de denegación de justicia”. Por ello, la Demandada cuestiona la credibilidad de la reclamación de la Demandante y además afirma que “...la alegación tampoco tiene soporte jurídico y factual alguno”.³⁸⁸

[401] La Demandada alega que es errónea la posición de la Demandante de que “... el estándar de tratamiento justo y equitativo rebajaría el listón de lo que constituye denegación de justicia...”.³⁸⁹

[402] Para la Demandada, por más que la reclamación de denegación de justicia se pueda enmarcar en el estándar de tratamiento justo y equitativo, “... los elementos de esta contravención son los mismos del concepto de denegación de justicia en el derecho internacional general”.³⁹⁰

[403] La Demandada se refiere a varias decisiones de tribunales arbitrales internacionales y agrega que “... la denegación de justicia no es un mero error en la interpretación del derecho local, sino un error que ningún juez meramente competente puede haber cometido y que muestra que no se ha proporcionado un sistema de justicia mínimamente adecuado”.³⁹¹

[404] A juicio de la Demandada, Iberdrola ni siquiera elaboró su argumento sobre el alcance del estándar de denegación de justicia y, además, no analizó las decisiones citadas por Guatemala.³⁹²

[405] La Demandada retoma los argumentos principales de la Demandante para señalar que la CNEE no puede haber cometido denegación de justicia, ya que “[l]a denegación de justicia no es la irregularidad que pueda cometer un

³⁸⁶ Id., párrafo 831.

³⁸⁷ Memorial de Jurisdicción, párrafos 151 y s.s.

³⁸⁸ Dúplica, párrafo 210.

³⁸⁹ Id., párrafo 213.

³⁹⁰ Id., párrafo 214.

³⁹¹ Id., párrafo 220.

³⁹² Id., párrafo 210 y 215.

órgano regulador que aplica una regulación, sino la deficiente actuación de un órgano que administra justicia". A juicio de la Demandada, si el Distribuidor considera que la CNEE no ha respetado el procedimiento regulatorio, o ha cometido irregularidades desde el punto de vista de la LGE o del RLGE, debe recurrir sus actos en la vía administrativa o judicial, sin que tales incumplimientos por sí puedan dar lugar a la denegación de justicia.³⁹³

[406] En cuanto a la reclamación de la Demandante de que el MEM le obstruyó el acceso a la justicia, al haber declarado inadmisibles de plano los recursos administrativos contra las resoluciones de la CNEE, la Demandada manifiesta que: (i) Iberdrola tuvo acceso a la justicia guatemalteca, hizo uso de los recursos de amparo y los tribunales correspondientes consideraron todos los argumentos planteados por EEGSA; y (ii) es incorrecta la alegación de Iberdrola de que el rechazo *in limine* de los recursos administrativos le cerró la vía contencioso-administrativa pues EEGSA pudo haber recurrido en amparo los rechazos de los recursos administrativos por parte del MEM, para que se revirtieran tales rechazos, y se obligara al MEM a decidir sobre el fondo. Agrega sobre este último argumento que, de hecho, EEGSA utilizó este recurso, con éxito, una vez en el pasado, precisamente contra una resolución de la CNEE.³⁹⁴

[407] La Demandada sostiene, al referirse al argumento de la Demandante de que la Corte de Constitucionalidad no motivó sus sentencias o lo hizo tan erróneamente que es como si no hubiera existido motivación alguna que, lo que sucede es, simplemente, que Iberdrola no está de acuerdo con la motivación de la Corte de Constitucionalidad. La Demandada considera que la Corte sí resolvió, de manera fundamentada, la cuestión de fondo, aunque Iberdrola disienta del razonamiento utilizado. En este sentido, afirma la Demandada que lo que pretende la Demandante es que el Tribunal Arbitral actué como una tercera instancia.³⁹⁵

1. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

[408] Como cuestión preliminar, el Tribunal resalta que la Demandante formuló la reclamación sobre denegación de justicia por primera vez en su Réplica, "*... para agotar todos los medios de defensa...*" y "*... con carácter estrictamente subsidiario...*".³⁹⁶

[409] La Demandante afirma que los hechos que analiza desde la perspectiva de la denegación de justicia - en particular aquellos relativos a la supuesta vulneración por la CNEE del debido proceso administrativo y la supuesta obstrucción por el MEM del derecho de acceso a la justicia - son *per se* suficientes para constituir un hecho ilícito por infracción de los estándares de tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad.³⁹⁷

³⁹³ Id., párrafos 222 y 224.

³⁹⁴ Id., párrafos 226, 229 y 230 y Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 290

³⁹⁵ Dúplica, párrafos 234 y s.s. y Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrafo 296.

³⁹⁶ Réplica, párrafo 750.

³⁹⁷ Id., párrafos 763 y 772.

[410] Al respecto, el Tribunal se remite a las consideraciones que expuso en la Sección IV *supra*, sobre la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones de la Demandante referentes a las alegadas violaciones de los estándares de tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad.

[411] Una vez hecha la anterior aclaración, el Tribunal procederá a analizar la cuestión de la jurisdicción del CIADI y de su competencia para conocer de la reclamación de denegación de justicia formulada por la Demandante.

2. JURISDICCIÓN DEL CIADI Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A LA RECLAMACIÓN SOBRE DENEGACIÓN DE JUSTICIA

[412] Ninguna de las Partes ha cuestionado la jurisdicción del CIADI ni la competencia del Tribunal para resolver sobre la reclamación de la Demandante por denegación de justicia.

[413] Como lo determinó el Tribunal al analizar la excepción de jurisdicción opuesta por la Demandada contra las pretensiones principales de la Demandante (ver Sección IV *supra*), no existe duda en el presente arbitraje en cuanto a: (a) la nacionalidad de la Demandante; (b) que España y la República de Guatemala suscribieron el Tratado; y (c) la aplicación temporal del Tratado. Por ello, es claro que el Tribunal tiene competencia *ratione personae* y *ratione temporis* para conocer de la reclamación de denegación de justicia formulada por la Demandante.

[414] En lo referente a la competencia *ratione materiae*, el Tribunal resalta que la reclamación que plantea la Demandante gira en torno a si la Demandada "...a través de una serie de actos de diversos órganos del Estado (CNEE, MEM y Corte de Constitucionalidad)... hurtó a EEGSA la tutela efectiva que ésta solicitó reiteradamente, incurriendo así en denegación de justicia y violando las obligaciones asumidas en virtud del Tratado".³⁹⁸

[415] Para efectos de analizar el asunto de la competencia *ratione materiae* respecto de la pretensión subsidiaria de denegación de justicia, el Tribunal recuerda que, al estudiar las pretensiones principales de la Demandante, encontró que esta únicamente planteó diferencias fundamentadas en el derecho nacional guatemalteco. Por esa razón, este Tribunal concluyó que no tenía competencia para conocer sobre el fondo de tales pretensiones.

[416] En el caso de la reclamación sobre denegación de justicia, la cuestión es distinta. En efecto, aunque se aleguen meras cuestiones de derecho interno, una reclamación internacional podría tener cabida si en el plano doméstico se ha denegado justicia.

[417] La Demandada señala que "[e]n un escenario como el presente de meras discrepancias del inversor con la actuación de un ente administrativo y en el que además, y correctamente, dichas discrepancias han sido sometidas a los

³⁹⁸ Id., párrafo 752.

*órganos judiciales locales, la única reclamación hipotéticamente posible bajo el Tratado sería que los tribunales locales han denegado justicia".*³⁹⁹

[418] En relación con lo anterior, resulta ilustrativa la decisión del Tribunal de *Generation Ukraine c. Ucrania*, en la que señaló que:

*"... [e]ste Tribunal no ejerce la función de un órgano administrativo de revisión [encargado de] asegurar que las agencias domésticas ejerzan sus tareas diligente, consciente o eficientemente. Esa función se encuentra dentro del dominio propio de las cortes y tribunales domésticos, que son concedores de la minucia del régimen regulatorio aplicable... la única posibilidad en este caso para que la serie de reclamaciones relativas a asuntos altamente técnicos del régimen de planeación ucraniano, se transformen en una violación del TBI, sería que a la Demandante se le hubiera denegado justicia ante las cortes ucranianas, en un intento por resolver estos asuntos técnicos de buena fe".*⁴⁰⁰

[419] Según consta en el expediente, las diferencias sobre derecho nacional guatemalteco que EEGSA sometió a los tribunales locales fueron nuevamente presentadas por la Demandante en este arbitraje. El Tribunal considera que, si bien no tiene competencia para pronunciarse sobre esas diferencias de derecho local, de conformidad con el Tratado sí es competente para decidir si el *tratamiento* que dichas diferencias recibieron, en el contexto doméstico, es violatorio del derecho internacional.

[420] En este sentido se pronunció el Tribunal de *Parkerings c. Lituania*:

"Bajo ciertas circunstancias limitadas, una violación sustancial del contrato podría constituir una violación del tratado. Hasta el momento, decisiones anteriores han ofrecido muy pocas ilustraciones de esa situación. En la mayoría de los casos, es necesaria una determinación preliminar, por una corte competente, acerca de si el contrato fue incumplido según el derecho local. Esta determinación preliminar es aún más necesaria si las partes del contrato han acordado un foro específico para todas las disputas surgidas del contrato. Para evitar dudas, el requisito no depende de que las partes del contrato sean las mismas partes del arbitraje.

Sin embargo, si a la parte contratante se le deniega el acceso a las cortes domésticas y se le niega de esta manera la oportunidad de obtener una reparación de los daños y de denunciar esos incumplimientos contractuales, entonces un tribunal arbitral puede, basado en el TBI, decidir si la ausencia de reparaciones tuvo consecuencias sobre la inversión y, así, si ocurrió una violación del derecho internacional. En otras palabras, como regla general,

³⁹⁹ Memorial de Jurisdicción, párrafo 152.

⁴⁰⁰ Subrayado fuera de texto original. Traducción del Tribunal. *Generation Ukraine c. Ucrania*, Laudo, 15 de septiembre de 2003, párrafo 20. Texto original en inglés: "This Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently. That function is within the proper domain of domestic courts and tribunals that are cognisant of the minutiae of the applicable regulatory regime... the only possibility in this case for the series of complaints relating to highly technical matters of Ukrainian planning law to be transformed into a BIT violation would have been for the Claimant to be denied justice before the Ukrainian courts in a bona fide attempt to resolve these technical matters".

un tribunal cuya jurisdicción está exclusivamente basada en un TBI decidirá sobre el "tratamiento" que el alegado incumplimiento de contrato recibió en el contexto doméstico, más que sobre la existencia del incumplimiento como tal".⁴⁰¹

[421] Asimismo, resulta relevante el caso de *Robert Azinian c. México*, en el que el Tribunal resolvió que:

"... [u]na autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once [del Tratado de Libre Comercio de América del Norte]".⁴⁰²

[422] De lo expuesto, el Tribunal concluye que la pretensión de denegación de justicia de la Demandante es una reclamación de derecho internacional y que tiene competencia para resolverla.

3. EL ESTÁNDAR DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA

[423] Como se señaló anteriormente en el párrafo 396 *supra*, la Demandante alega que el estándar de denegación de justicia según el Tratado es más amplio que el del derecho internacional consuetudinario. La Demandante sustenta esta posición señalando principalmente que "[l]a denegación de justicia se define como ... el tratamiento injusto dispensado por un Estado específicamente a través de su sistema de administración de justicia" y que, en consecuencia, "... en los casos en que sea aplicable un Tratado bilateral que incluya la obligación de dispensar al inversor un tratamiento justo y equitativo –como lo hace el de España-Guatemala– el estándar de la denegación de justicia se amplía necesariamente...".⁴⁰³ La Demandante también afirma que tanto el estándar aplicable según el Tratado como el del derecho internacional consuetudinario se deben identificar con la noción de debido proceso judicial.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Subrayado fuera de texto original. Traducción del Tribunal. *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, párrafos 316 y 317. Texto original en inglés: "Under certain limited circumstances, a substantial breach of a contract could constitute a violation of a treaty. So far, case law has offered very few illustrations of such a situation. In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary. This preliminary determination is even more necessary if the parties to the contract have agreed on a specific forum for all disputes arising out of the contract. For the avoidance of doubt, the requirement is not dependent upon the parties to the contract being the same as the parties to the arbitration". "However, if the contracting-party is denied access to domestic courts, and thus denied opportunity to obtain redress of the injury and to complain about those contractual breaches, then an arbitral tribunal is in position, on the basis of the BIT, to decide whether this lack of remedies had consequences on the investment and thus whether a violation of international law occurred. In other words, as a general rule, a tribunal whose jurisdiction is based solely on a BIT will decide over the "treatment" that the alleged breach of contract has received in the domestic context, rather than over the existence of a breach as such".

⁴⁰² Subrayado fuera de texto original. *Robert Azinian c. México*, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafo 97.

⁴⁰³ Réplica, párrafo 830.

⁴⁰⁴ Id., párrafo 830.

- [424] Asimismo, la Demandante alega que aplicando el estándar “amplio” del Tratado cabría determinar que Guatemala “... incurrió en denegación de justicia, sea desde el punto de vista de la tutela efectivamente dada por su sistema de justicia, como desde el punto de vista del análisis de la concreta sentencia (o sentencias en este caso) que rechazan finalmente los reclamos planteados por la empresa objeto de la inversión, violando las obligaciones internacionales hacia los inversores asumidas en virtud del Tratado”.⁴⁰⁵ Lo anterior, a pesar de que al hacer su reclamación por denegación de justicia afirma que “[l]a denegación de justicia exige valorar la tutela dada en concreto [al inversionista] por el sistema de justicia y no se reduce al análisis de la concreta sentencia”.⁴⁰⁶
- [425] La alegación de la Demandante de que el estándar de denegación de justicia bajo el Tratado es más amplio que el del derecho internacional consuetudinario, no fue fundamentada ni probada por ella. Por el contrario, el Tribunal considera que, al igual que en otras alegaciones respecto de las cuales ya se ha pronunciado, en este tema en particular, la Demandante se limita a formular una proposición sin fundamentarla desde el punto de vista del derecho internacional.
- [426] El Tribunal resalta que del texto del Artículo 3.1 del Tratado tampoco se desprende que los Estados Parte fijaron, para el estándar de denegación de justicia, parámetros más “amplios” que los del derecho internacional consuetudinario. En efecto, lo que señala dicho artículo es que “[l]as inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad. Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en ningún caso, otorgar a tales inversiones un tratamiento menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional”.⁴⁰⁷
- [427] Para el Tribunal, el hecho de que el Tratado incluya la obligación de dispensar al inversionista un tratamiento justo y equitativo no significa, *per se*, como lo alega Iberdrola, que el estándar de denegación de justicia del Tratado sea más amplio que el del derecho internacional consuetudinario. La Demandante no fundamentó ni probó su alegación de que el estándar de denegación de justicia, según el Tratado sea más amplio que el establecido por la costumbre internacional. En consecuencia, el Tribunal, con fundamento en el en el texto del Tratado, que establece como trato mínimo el del derecho internacional consuetudinario, hará referencia al concepto de denegación de justicia en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, que ha tenido un desarrollo consistente en las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales.

⁴⁰⁵ Id., párrafo 831.

⁴⁰⁶ Id., Sección 10.4, página 215.

⁴⁰⁷ Tratado, Artículo 3.1.

[428] El Tribunal considera importante citar el laudo del caso *Azinian*, en el que se definió que:

"Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si éste sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado. No hay pruebas, ni siquiera alegaciones, de que tales defectos puedan imputarse a los procesos judiciales mexicanos en este caso.

*Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa. Este tipo de ilícito sin duda se sobrepone a la noción de "pretensión de forma" para encubrir una infracción del derecho internacional. En el presente caso, no sólo no se ha alegado este tipo de actuación indebida, sino que el Tribunal Arbitral desea manifestar que considera que existen pruebas suficientes para despejar cualquier duda que pudiera ensombrecer la buena fe de las sentencias mexicanas. Sus conclusiones no pueden considerarse en modo alguna arbitrarias, y mucho menos maliciosas".*⁴⁰⁸

[429] El Tribunal también resalta lo dicho por el Tribunal del caso *Mondev*:

*"El test no es si un resultado particular es sorprendente, sino si la conmoción o sorpresa ocasionada a un tribunal imparcial conduce, en reflexión, a inquietudes justificadas sobre la corrección judicial del resultado, teniendo en mente, de un lado, que los tribunales internacionales no son cortes de apelación y, del otro, que el Capítulo 11 del TLCAN (como otros tratados para la protección de inversiones) está dirigido a proveer una medida real de protección. Al final la cuestión es si, en un nivel internacional y tomando en consideración estándares generales de administración de justicia, un tribunal puede concluir - a la luz de todos los hechos disponibles - que la decisión impugnada fue claramente inapropiada y desacreditable, con el resultado de que la inversión haya sido sometida a un trato injusto e injustificado".*⁴⁰⁹

[430] Asimismo, es relevante citar el laudo del caso *Feldman*, en el que el Tribunal determinó que:

"Teniendo en cuenta, según lo señalado previamente, que el Demandante tuvo acceso irrestricto, en todos los momentos pertinentes, a los tribunales mexicanos y a los procedimientos administrativos, su victoria en la sentencia de amparo de 1993, así como el recurso de revisión de las decisiones de nulidad y liquidación de impuestos interpuesto por el Demandante en 1998, no parece haber existido denegación del debido proceso ni denegación de

⁴⁰⁸ *Robert Azinian c. México*, Laudo, 1 de noviembre de 1999. párrafos 102 y 103.

⁴⁰⁹ Traducción del Tribunal. *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, párrafo 127 ("*Mondev c. EEUU*"). Texto original en inglés: "[t]he test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment".

justicia que pudiera llegar en este caso al nivel de una violación del derecho internacional".⁴¹⁰

[431] Por último, cabe citar el laudo dictado en el caso *Waste Management c. México* en el que el Tribunal afirmó que:

"Volviendo a las razones realmente esgrimidas por las cortes federales, el Tribunal observaría que no es una corte de apelaciones adicional, y que el Capítulo 11 del TLCAN [tampoco es] una nueva forma de amparo respecto de las decisiones de las cortes federales de las partes del TLCAN. Algunas decisiones parecen haber estado fundamentadas en razones más bien técnicas, pero la noción de que el tercero beneficiario de una línea de crédito o garantía debe probar estrictamente su derecho no es una [noción] parroquial o inusual...

*En cualquier caso, y aunque estos casos pueden haber sido decididos en diferentes sistemas jurídicos, este Tribunal no distingue en las decisiones de las cortes federales denegación de justicia alguna, según se ha explicado ese concepto por tribunales TLCAN [...] las decisiones de las cortes mexicanas no fueron, ni a primera vista ni examinadas con más detalle, evidentemente arbitrarias, injustas o idiosincráticas. No hay señal de discriminación por cuenta de la propiedad extranjera de Acaverde, y no [se encuentra] una falla evidente del debido proceso. Las decisiones fueron razonadas y tomadas con prontitud. Acaverde venció en puntos procesales centrales, y el rechazo en los segundos procedimientos, en particular, no obró en perjuicio del derecho de Acaverde en el foro apropiado".*⁴¹¹

[432] El Tribunal concluye que según el derecho internacional podría constituir denegación de justicia: (i) la negativa injustificada de un tribunal para conocer un asunto de su competencia o cualquier otra actuación del Estado que tenga por efecto impedir el acceso a la justicia; (ii) una demora indebida en la administración de justicia; y (iii) las decisiones o actuaciones de órganos del Estado que sean evidentemente arbitrarias, injustas, idiosincráticas o tardías. En este tema, el Tribunal comparte la posición de la Demandante en el sentido de que *"... la denegación de justicia no es un mero error en la interpretación del derecho local, sino un error que ningún juez meramente competente puede haber cometido y que muestra que no se ha proporcionado un sistema de justicia mínimamente adecuado"*.⁴¹²

⁴¹⁰ *Marvin Feldman c. México*, Caso No. ARB(AF)/99/1, Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, párrafo 140.

⁴¹¹ Traducción del Tribunal. *Waste Management Inc. c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo Parcial, 30 de abril de 2004, párrafos 129 y 130 ("*Waste Management c. México*"). Texto original en inglés: "[t]urning to the actual reasons given by the federal courts, the Tribunal would observe that it is not a further court of appeal, nor is Chapter 11 of NAFTA a novel form of amparo in respect of the decisions of the federal courts of NAFTA parties. Certain of the decisions appear to have been founded on rather technical grounds, but the notion that the third party beneficiary of a line of credit or guarantee should strictly prove its entitlement is not a parochial or unusual one.... In any event, and however these cases might have been decided in different legal systems, this Tribunal does not discern in the decisions of the federal courts any denial of justice as that concept has been explained by NAFTA tribunals... The Mexican court decisions were not, either ex facie or on closer examination, evidently arbitrary, unjust or idiosyncratic. There is no trace of discrimination on account of the foreign ownership of Acaverde, and no evident failure of due process. The decisions were reasoned and were promptly arrived at. Acaverde won on key procedural points, and the dismissal in the second proceedings, in particular, was without prejudice to Acaverde's rights in the appropriate forum".

⁴¹² Dúplica, párrafo 220.

4. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA DE LA DEMANDANTE

- [433] Esta reclamación de la Demandante se refiere, en primer lugar, a que la República de Guatemala le denegó justicia por cuanto la CNEE no siguió el debido proceso para la determinación de las tarifas, afectando a EEGSA y a Iberdrola, como inversionista de esta última.
- [434] En segundo lugar, Iberdrola afirma que la República de Guatemala le impidió el acceso a la justicia a EEGSA cuando el MEM le vedó la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, a discutir el fondo de las decisiones proferidas por la CNEE, y le dejó solamente la opción de acudir al mecanismo extraordinario del amparo constitucional mediante el cual no se podía debatir el fondo de las actuaciones del regulador.
- [435] Por último, Iberdrola alega que en las decisiones que resolvieron los amparos planteados por EEGSA, la Corte de Constitucionalidad se abstuvo de decidir sobre el punto central de la controversia – la aplicación del Artículo 98 del RGLE – y expidió decisiones carentes de toda motivación.
- [436] No es claro el planteamiento de la Demandante en cuanto a si la denegación de justicia que reclama resulta de cada una de estas actuaciones por separado o del conjunto de todos estos actos. Si bien al introducir por primera vez esta alegación en su Réplica, Iberdrola señala que la República de Guatemala por medio de una serie de actos de diversos órganos del Estado (MEM, CNEE y Corte Constitucional) “... le hurtó a EEGSA la tutela efectiva que ésta solicitó reiteradamente, incurriendo así en denegación de justicia y violando las obligaciones asumidas en virtud del Tratado”,⁴¹³ posteriormente parece hacer un análisis de cada caso como generador único de la violación del Tratado por denegación de justicia. Como ya lo señaló el Tribunal, pareciera que en esta distinción la Demandante encuentra la alegada, pero no fundamentada, diferencia entre un estándar de denegación de justicia amplio, según ella, en el Tratado y restringido en el derecho internacional consuetudinario.
- [437] El Tribunal ha revisado en su análisis sobre esta reclamación de Iberdrola cada una de las actuaciones de la CNEE, el MEM y las cortes de Guatemala por separado, así como el conjunto de dichas actuaciones, en la forma en que fueron presentados por la Demandante, a fin de determinar si se dio la violación del Tratado por denegación de justicia.

4.1 VULNERACIÓN POR LA CNEE DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

- [438] En la primera parte de sus alegaciones sobre denegación de justicia, la Demandante retoma la discusión de derecho interno que caracterizó toda la presentación de su caso en este arbitraje. Incluso, de manera confusa, expone en su alegato sobre denegación de justicia los mismos hechos relativos al procedimiento seguido por el regulador y su desacuerdo con la interpretación seguida por la CNEE, para concluir que estos hechos en sí mismos conllevan una violación del estándar de trato justo y equitativo.

⁴¹³ Réplica, párrafo 752.

- [439] En efecto, señala la Demandante que se le denegó justicia porque la CNEE no siguió el debido proceso administrativo cometiendo varias irregularidades en el procedimiento de determinación del VAD, en particular, al repudiar el estudio de Bates White, aprobar el de Sigla y, además, al invocar el Artículo 98 del RLGE para fundamentar dichas actuaciones.
- [440] No obstante, al desarrollar esta pretendida violación, la Demandante nuevamente hace una interpretación, basada en criterios de interpretación de derecho local, de las normas guatemaltecas (particularmente los Artículos 98 y 99 de la RLGE) y la contrasta con la efectuada por la CNEE. Lo anterior, lo hace la Demandante para concluir que la CNEE realmente no aplicó norma alguna sino que se basó en normas y supuestos de hecho inexistentes "... o, dicho de otro modo, simular la aplicación de una norma para, con apariencia de legalidad, hacer lo que había decidido hacer: descartar el estudio del distribuidor y aprobar las nuevas tarifas sobre la base de su propio estudio, el encargado a Sigla".⁴¹⁴
- [441] Lo anterior, según la Demandante, "... constituye una quiebra manifiesta del debido proceso, con el efecto inmediato de silenciar a EEGSA en el procedimiento y anular su participación en el cálculo del VAD".⁴¹⁵
- [442] Contrariamente a lo que sugiere la Demandada en su Dúplica, el Tribunal no está persuadido de que la denegación de justicia solamente pueda darse como consecuencia de actuaciones de los jueces o en el curso de procesos judiciales en los que se resuelvan conflictos.⁴¹⁶ Si así fuere, como lo señala Jan Paulsson, citado varias veces por la Demandada no constituiría denegación de justicia que el Estado nombrara los jueces para resolver determinado caso; ni que el legislativo impusiera unas tasas astronómicas para que los extranjeros pudieran acudir a la justicia. En ninguno de esos casos habría una actuación del poder judicial y, sin embargo, siguiendo al mismo autor citado por la Demandada, habría denegación de justicia.⁴¹⁷
- [443] El Estado no puede liberarse de su responsabilidad por denegación de justicia simplemente alegando que el órgano estatal que impidió el acceso a la justicia no forma parte del sistema judicial. Como lo señala Jan Paulsson, en lo referente al hecho ilícito internacional de denegación de justicia:

*"... una vez que uno acepta como postulado fundamental del ilícito que los estados tienen la obligación de mantener un sistema de justicia decente y disponible, simplemente no se puede aceptar que el estado se pueda liberar de su obligación con el simple expediente de prevenir o pervertir el proceso judicial mediante una orden legislativa o ejecutiva".*⁴¹⁸

⁴¹⁴ Id., párrafo 761.

⁴¹⁵ Id., párrafo 762.

⁴¹⁶ Dúplica, párrafos 222 y 223.

⁴¹⁷ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, páginas 44 y 45.

⁴¹⁸ Traducción del Tribunal. Id., página 46. Texto original en inglés: "... once one accepts as the fundamental postulate of the delict that states have an obligation to maintain a decent and available system of justice, it simply cannot be accepted that the state should be freed from its obligation by the simple expedient of preventing or perverting the judicial process by legislative or executive fiat".

- [444] Concluye el Tribunal que no solamente hay denegación de justicia en lo que respecta a las actuaciones de los órganos judiciales, sino también, entre otras hipótesis, cuando un Estado le impide a un inversionista el acceso a los tribunales judiciales de ese Estado; en ese supuesto habrá denegación de justicia aun si el acto proviene del poder ejecutivo o del legislativo.
- [445] No obstante lo anterior, a juicio del Tribunal la alegación de la Demandante sobre este tema es confusa ya que, por un lado, parece afirmar que se le denegó justicia porque el regulador le vulneró a EEGSA su derecho al debido proceso administrativo y, por el otro, sostiene que la denegación de justicia se define como *“el tratamiento injusto dispensado por un Estado específicamente a través de su sistema de administración de justicia”*.⁴¹⁹
- [446] En cuanto a la reclamación particular de la Demandante sobre las actuaciones de la CNEE, no encuentra el Tribunal que esas actuaciones constituyan una denegación de justicia.
- [447] Por una parte, reitera el Tribunal que nada hay en las alegaciones de la Demandante que sustente sus afirmaciones de que la violación del debido proceso administrativo y la actuación de la CNEE que califica como arbitraria constituyan por sí mismas una denegación de justicia. Tampoco explica la Demandante por qué los actos de la CNEE, analizados en conjunto con la decisión del MEM de rechazar los recursos *in limine*, o con las decisiones de la Corte de Constitucionalidad o con ambos, constituyen denegación de justicia. Lo que indica en su alegación y en su conclusión es que se dio una violación del debido proceso administrativo y que ello constituye denegación de justicia.
- [448] Aun si se tomara la actuación de la CNEE en el proceso de fijación de las tarifas – concretamente el rechazo del estudio de Bates White y la aprobación de las tarifas de Sigla, que son los hechos principales alegados por la Demandante – como violatoria del debido proceso, esa actuación por sí sola no implicaría denegación de justicia.
- [449] Estima el Tribunal que lo que ha planteado la Demandante, y en esto tiene razón la Demandada, es simplemente un desacuerdo con el procedimiento seguido por la CNEE, que en sí no puede calificarse como denegación de justicia.
- [450] Nada de lo alegado por la Demandante ni las pruebas que aportó permiten concluir que la actuación de la CNEE en la aprobación de las tarifas y, específicamente, en la aprobación del estudio de Sigla y el rechazo del de Bates White, le haya impedido a EEGSA ejercer sus derechos, en la vía administrativa o ante las autoridades judiciales de la República de Guatemala, para que esa decisión fuera revocada o revisada.
- [451] Tampoco hay evidencia, ni siquiera alegación, de que la pretendida violación al debido proceso administrativo por parte de la CNEE fuera determinante en las decisiones ulteriores del MEM - el rechazo *in limine* - y de la Corte

⁴¹⁹ Subrayado fuera de texto original. Réplica, párrafo 830.

Constitucional –en las sentencias que decidieron los amparos - que la Demandada considera como denegatorias de justicia.

- [452] Así las cosas, considera el Tribunal que la actuación de la CNEE, al rechazar el estudio de Bates White y aprobar el de Sigla, no constituye denegación de justicia. Estima, igualmente, que no está demostrado que tal actuación haya tenido un efecto determinante, o siquiera una injerencia que se haya planteado y demostrado, en las actuaciones posteriores del MEM y de la Corte Constitucional que Iberdrola califica como denegatorias de justicia.

4.2 EL RECHAZO IN LIMINE Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

- [453] Según se acreditó en el expediente, EEGSA interpuso ante el MEM un recurso de revocatoria contra la Resolución CNEE 144-2008 y un recurso de revocatoria contra las Resoluciones CNEE 145-2008 y 146-2008. Tales recursos fueron rechazados de plano por el MEM, sin entrar a revisar el fondo.⁴²⁰ El rechazo de plano obedeció a que, según el MEM, el recurso de revocatoria no procedía contra las Resoluciones citadas por ser estas de carácter general (y no particular). Además, el rechazo liminar obedeció, en el caso de la Resolución 144-2008, a que supuestamente EEGSA no identificó con precisión la fecha de notificación de la Resolución impugnada, como lo exige la Ley de lo Contencioso Administrativo.⁴²¹
- [454] Posteriormente, cuando EEGSA interpuso los recursos de amparo contra las Resoluciones mencionadas en el párrafo anterior, el MEM se opuso, argumentando que contra tales actos administrativos no procedía el amparo, en cuanto no eran definitivos, por no haberse agotado contra ellos los recursos procedentes en la vía administrativa.
- [455] A la luz del derecho interno de Guatemala, la actuación del MEM y particularmente sus argumentos al oponerse a los recursos de amparo planteados por EEGSA contra las Resoluciones citadas, puede parecer incongruente. Sin embargo lo que debe analizar este Tribunal, para resolver el asunto sometido a su consideración por la Demandante, no es el comportamiento procesal del MEM; si sus argumentos en la vía administrativa fueron contrarios a los que invocó al responder los amparos iniciados por EEGSA; o si para efectos del rechazo *in limine*, era o no correcto, según el derecho guatemalteco, calificar el acto administrativo como uno de carácter general. La pregunta que debe resolver el Tribunal es si mediante la actuación de sus órganos, la República de Guatemala le impidió a EEGSA el acceso a la justicia o le limitó ese acceso en forma tal que le impidió debatir ante los jueces el fondo de la controversia.
- [456] El Tribunal no está persuadido de que la actuación del MEM, al rechazar *in limine* los recursos planteados por EEGSA contra las Resoluciones CNEE 144-2008, CNEE 145-2008 y 146-2008, le haya negado a EEGSA la posibilidad de discutir su caso, tanto respecto de la alegada violación de sus derechos procesales como en cuanto al fondo del asunto.

⁴²⁰ Memorial, párrafos 427 y s.s.

⁴²¹ Resolución del MEM rechazando de plano el recurso de revocatoria contra la Resolución CNEE 144-2008, notificada el 20 de agosto de 2008 (Anexo D-167).

[457] Según las alegaciones de la Demandante, la decisión del MEM de rechazar de plano las revocatorias le impidió a EEGSA llevar a los tribunales de Guatemala la controversia de fondo relativa a las resoluciones mencionadas, por cuanto:

- a. Ante el rechazo, solamente podía plantear el recurso de amparo contra las resoluciones objeto de la solicitud de revocatoria y no contra la decisión del MEM ya que, en virtud de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, los entes administrativos como el MEM tienen la facultad de rechazar recursos de plano.
- b. Al estar impedida de recurrir en el fondo la decisión del MEM, por haberse rechazado *in limine* la solicitud de revocatoria, y no poder presentar un recurso de amparo contra la decisión del MEM, no le fue posible agotar la vía gubernativa (causar estado, en la terminología utilizada por los expertos aportados por las Partes),⁴²² que es requisito para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- c. En el derecho guatemalteco el amparo es un medio de defensa extraordinario, que no sustituye a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que el rechazo *in limine* decretado por el MEM supuso una auténtica obstrucción al derecho de acceso a la justicia.

[458] En cuanto a la primera alegación, las pruebas aportadas por las Partes al expediente, particularmente las sentencias de la Corte de Constitucionalidad invocadas para sustentar el argumento referido en el subpárrafo (a) anterior, confirman que esa Corte resolvió que los entes administrativos, como el MEM, podían rechazar de plano los recursos que se les presentaran, cuando tales recursos no cumplieran con los requisitos establecidos en la ley.

[459] El hecho de que la Corte de Constitucionalidad haya resuelto que la administración tiene la facultad de rechazar de plano un recurso cuando no llene los requisitos exigidos por la ley, no significa, como lo pretende la Demandante, que no proceda el recurso de amparo contra este tipo de decisiones. Esa conclusión no surge de las pruebas aportadas por la Demandante en este proceso, de las sentencias citadas, ni de los textos normativos aportados.

[460] En efecto, las decisiones citadas por el experto de Iberdrola, Dr. Jorge Rolando Barrios, sobre este asunto revelan que:

"Está implícita la facultad concedida al órgano de superior grado para que califique los aspectos relacionados con la viabilidad del recurso y de estimar su inadmisibilidad, cuando se percate que en la interposición se omitieron determinados requisitos de carácter esencial, tal y como el denunciado en la acción de amparo que se analiza, según el cual la resolución reprochada por aquella vía carece de las características necesarias para que se le considere

⁴²² Véase el informe del perito Jorge Rolando Barrios, aportada por la Demandante (Anexo D-610). Asimismo, véase el informe del perito Luis Felipe Sáenz, aportado por la Demandada (Apéndice R-VI) y Complementario (Apéndice R-XV).

una resolución en sentido estricto". El referido Tribunal Constitucional en ese caso concreto concluyó... que, en el momento que sea elevado al Ministro de Energía y Minas el recurso de revocatoria interpuesto y los antecedentes respectivos, dicho funcionario debe calificar la naturaleza jurídica del acto que por esa vía se impugna, con el objeto de constatar la admisibilidad del aludido recurso administrativo (Sentencia de 10 de mayo de 2005. Expediente # 2265-2004)".⁴²³

"Cabe acotar que un rechazo fundado en inobservancia de presupuestos de admisibilidad de un recurso -legitimación y temporaneidad en el planteamiento por mencionar dos de ellos- es una decisión que para asumirse no merece el agotamiento de todo el procedimiento a que se refieren los artículos 7, 9, 12, 13 y 15 de la ley ibid (se refiere a la Ley de lo Contencioso Administrativo), y que sí puede válidamente acordarse, al haberse realizado una labor previa de calificación del órgano ante el que se promueve el recurso, sobre el cumplimiento de tales presupuestos, y haberse establecido el incumplimiento de estos, por la elemental economía procesal que informa el proceso administrativo (Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 15 de marzo de 2006)".⁴²⁴

[461] Evidentemente, del texto de las referidas sentencias no se deduce que esté autorizado un rechazo caprichoso o arbitrario de una solicitud de revocatoria. Tampoco esas sentencias impiden el acceso al recurso de amparo, como lo sugiere la Demandante. Las referidas sentencias simplemente señalan que la entidad administrativa puede rechazar de plano el recurso cuando él incumpla "*determinados requisitos de carácter esencial*" o por la "*inobservancia de presupuestos de admisibilidad de un recurso*". En otras palabras, si el recurso no cumple con requisitos de carácter esencial o con los presupuestos de admisibilidad, sí puede ser rechazado de plano.

[462] En la misma línea de pensamiento, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 18 de noviembre de 2009, al resolver uno de los recursos de amparo propuestos por EEGSA señaló:

"El amparo se ha instituido con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido y procederá siempre que las leyes, resoluciones, disposiciones o actos de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. No se incurre en violación al debido proceso y al derecho de defensa garantizados en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, cuando los actos de la autoridad se ciñen a sus competencias y los ejercen con apego al régimen jurídico del caso".⁴²⁵

[463] Los documentos que obran en el expediente dan cuenta de numerosos casos en los que EEGSA acudió, con éxito unas veces y sin él en otras, a la vía del amparo para hacer valer sus derechos.⁴²⁶ Confirman igualmente que EEGSA

⁴²³ Informe del perito Jorge Rolando Barrios, aportada por la Demandante, párrafo 56 (Anexo D-610).

⁴²⁴ Id., párrafo 57.

⁴²⁵ Subrayado fuera de texto original original. Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 18 de noviembre de 2009, página 14 (Anexo D-198).

⁴²⁶ Véase, entre otros, Dúplica, párrafos 226 y s.s.

ya había interpuesto, con éxito, al menos un recurso de amparo contra el rechazo *in limine* de un recurso de revocatoria.⁴²⁷

- [464] Finalmente, el Artículo 265 de la Constitución de la República de Guatemala indica que todo asunto puede ser materia de amparo: "*Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan*".⁴²⁸ Además, las decisiones de la Corte de Constitucionalidad que invoca la Demandante no parecen haber interpretado esa norma en el sentido de que restringe el acceso al amparo.⁴²⁹
- [465] Resulta evidente, pues, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no le impedía a EEGSA plantear el recurso de amparo contra el rechazo *in limine* del MEM. Lo que las pruebas aportadas demuestran es que el amparo procedía y que EEGSA optó por no presentarlo contra el rechazo *in limine* de las revocatorias opuestas por ella contra las Resoluciones CNEE 144-2008, CNEE 145-2008 y 146-2008.
- [466] Tampoco quedó establecido en este proceso que el rechazo *in limine* por parte del MEM haya privado a EEGSA de la posibilidad de discutir el fondo de la cuestión ante las cortes de Guatemala.
- [467] En relación con el amparo contra las Resoluciones CNEE 144-2008, CNEE 145-2008 y CNEE-146-2008, EEGSA presentó argumentos de fondo basados en el derecho guatemalteco, relativos a aspectos que van mucho más allá de la violación de garantías o derechos fundamentales que, según la Demandante, son los únicos aspectos que se pueden discutir en la vía del amparo en Guatemala.⁴³⁰ Las peticiones de EEGSA a las cortes guatemaltecas y los asuntos resueltos por esas cortes se refieren al control de legalidad; a la violación de normas superiores; a la interpretación y obligación de cumplimiento de reglas pactadas entre las Partes, como las reglas de procedimiento de la Comisión Pericial; a la interpretación de fondo de normas guatemaltecas; a la indemnización de perjuicios y la responsabilidad solidaria de la República de Guatemala y, en fin, a aspectos de fondo de la controversia que hoy alega no haber podido discutir.⁴³¹
- [468] Adicionalmente, la propia Demandante afirma que "*[c]on sus Sentencias de 18 de noviembre de 2009 y de 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad revocó el amparo concedido por ambos Juzgados, convalidó el procedimiento seguido para determinar el VAD de EEGSA sin su participación efectiva y consolidó, dándole carácter permanente, una*

⁴²⁷ Id., párrafos 226 y s.s.

⁴²⁸ Constitución Política de Guatemala (Anexo R-29). Véase, igualmente, informe del perito Luis Felipe Sáenz Juárez, aportado por la Demandada, párrafo 57 (Apéndice VI).

⁴²⁹ Informe del perito Luis Felipe Sáenz Juárez, aportado por la Demandada, párrafos 61 y s.s. (Apéndice VI).

⁴³⁰ Réplica, párrafo 769.

⁴³¹ Amparo radicado el 23 de julio de 2008 (Anexo D-134); Amparo radicado el 14 de agosto de 2008 (Anexo D-157); y Amparo radicado el 27 de agosto de 2008 (Anexo D-175).

mutación del modelo de fijación de tarifas, que pasó a basarse en la discrecionalidad de la CNEE".⁴³² Para el Tribunal es confuso que la Demandante alegue que EEGSA no tuvo oportunidad de someter el fondo de la cuestión tarifaria a revisión y, a la vez, afirme que la Corte de Constitucionalidad mutó el modelo guatemalteco de fijación de tarifas, pues mal podría haberlo hecho la Corte sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

- [469] La Corte de Constitucionalidad, al resolver los amparos no solamente abordó temas de fondo de la ley guatemalteca, sino que, además, dejó entrever que se podría haber pronunciado sobre la razonabilidad misma de las tarifas fijadas al señalar que:

*"Se estima que la fijación de tarifas, cuando el informe de la Comisión Pericial no ha sido aceptado como válido para orientar esa política, no puede ser, dentro de su discrecionalidad, ruinosa ni irracionalmente arbitraria, habiendo los referentes o indicadores de operadores eficientes, como el que condicionó en el artículo 2 transitorio de la Ley respectiva, que hizo alusión a "valores usados en otros países que apliquen similar metodología." Sin embargo, la racionalidad de los pliegos tarifarios aprobados no fue denunciada como agravio ni tampoco objeto de prueba de la presente acción de amparo, sino únicamente fue centrado en el concepto de debido proceso legal, que ya fue analizado precedentemente (párrafo a) del apartado VI de la parte considerativa".*⁴³³

- [470] Esta posición de la Corte parece avalar la posición del experto Sáenz Juárez, presentado por la República de Guatemala, quien afirmó que:

El amparo no ofrece menores garantías que un juicio ordinario. Más bien al contrario. Se conoce dentro de un proceso que sigue la estructura de los ordinarios, que incluye la práctica de la prueba. Por la materia objeto de conocimiento en amparo, es un proceso preferente, lo que significa que los tribunales asuman un papel distinto, de protectores de los derechos fundamentales, con el rigor y escrupulosidad asociados.⁴³⁴

En su informe, el perito Barrios afirma que el proceso de amparo es concreto, limitado y sumario, por oposición a un proceso plenario como lo es el contencioso-administrativo. Esta diferenciación es imprecisa y además pareciera dar a entender que el recurso de amparo no es una vía adecuada de defensa ante los actos de la administración, o no tan adecuada como el recurso contencioso-administrativo. En el proceso de amparo se examina, a fondo y en profundidad, si la decisión o acto administrativo de que se trata está o no debidamente basada en la ley y en el derecho común especial, y, obviamente, si la misma contiene alguna violación a los derechos y garantías constitucionales. El examen que se adelanta en esta vía debe ser completo y exhaustivo, a fin de tutelar los derechos fundamentales. Para

⁴³² Réplica, párrafo 773.

⁴³³ Subrayado fuera de texto original. Sentencia del 18 de noviembre de 2009, páginas 32-33 (Anexo D-198).

⁴³⁴ Informe del perito Luis Felipe Sáenz Juárez, aportado por la Demandada, párrafo 70 (Apéndice R-VI).

ello, puede resultar necesario el examen pormenorizado de la providencia y pertinencia del acto administrativo o judicial atacado.⁴³⁵

- [471] EEGSA no planteó queja alguna ante los jueces de amparo ni ante la Corte de Constitucionalidad relativa al pretendido cierre de la vía administrativa y a la violación del acceso a la jurisdicción contenciosa, como consecuencia de la decisión del MEM (más allá de responder a las excepciones planteadas por la CNEE relativas a la alegada falta de definitividad). Por el contrario, al parecer EEGSA – y también la Demandante – quedaron plenamente satisfechas con las decisiones de amparo de los jueces de primera instancia. Tales decisiones, en el decir de la propia Iberdrola, interpretaron adecuadamente las normas guatemaltecas referentes al procedimiento para la fijación de tarifas y al alcance de las normas de la LGE y la RLGE; más aun, acogieron la interpretación que la Demandante tuvo como correcta en los escritos que presentó en este arbitraje.⁴³⁶
- [472] En sus escritos presentados ante este Tribunal, la Demandante consideró que la denegación de justicia se concretó con las decisiones de la Corte de Constitucionalidad que decidieron los amparos.⁴³⁷ Además, la Demandante fundamentó esa afirmación principalmente en el hecho de que, en su sentir, la Corte de Constitucionalidad no entró a revisar el fondo de la cuestión debatida, que era el alcance del Artículo 98 del RLGE, pese a que ese debate de fondo había sido planteado por EEGSA.⁴³⁸
- [473] Finalmente, más allá de la discusión teórica sobre las diferencias doctrinales y jurisprudenciales que existan en Guatemala entre el recurso de amparo y la acción jurisdiccional contencioso-administrativa, la Demandante no concretó en este proceso cuáles fueron los asuntos que no pudo ventilar ante los jueces de Guatemala como resultado de la actuación del MEM. Por el contrario, como se ha señalado, se queja de que la Corte de Constitucionalidad dejó de revisar un tema de fondo – el relativo al tantas veces mencionado Artículo 98 del RLGE – pero no cuestiona la facultad de la Corte Constitucional para hacerlo.
- [474] Los hechos referidos anteriormente, demuestran que EEGSA planteó, con éxito, un recurso de amparo contra otra decisión de rechazo *in limine*; presentó y alegó temas de fondo por la vía del amparo; tuvo oportunidad de presentar su caso ante el sistema judicial de Guatemala y compartió plenamente sus decisiones, cuando la favorecieron, sin queja alguna respecto a su pretendida imposibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. También demuestran que EEGSA presentó el caso con sus argumentos de fondo, e incluso, pidió que se declarara responsable a la CNEE, y solidariamente al Estado guatemalteco, por los perjuicios que supuestamente le habían causado.⁴³⁹

⁴³⁵ Resumen párrafos 8 – 15 del Informe Complementarios del perito Luis Felipe Sáenz, aportado por la Demandada (Apéndice R-XV).

⁴³⁶ Réplica, párrafo 757.

⁴³⁷ Id., párrafo 751.

⁴³⁸ Id., párrafos 773 y s.s.

⁴³⁹ Véase, entre otros, Memorial, párrafos 421 y s.s. y Amparo de EEGSA del 12 de agosto de 2008 (Anexo D-157).

[475] Tales hechos demuestran igualmente que no existía en Guatemala, cuando ocurrieron, ninguna norma que le impidiera a EEGSA presentar un amparo contra la decisión del MEM de rechazar *in limine* los recursos; que, más bien, se trató de una estrategia procesal de EEGSA y no de una restricción existente en el derecho guatemalteco.

[476] Por lo anterior, el Tribunal considera que la decisión del MEM de rechazar *in limine* los recursos de revocatoria presentados por EEGSA no le impidió a esta ventilar sus desacuerdos con la CNEE ante los tribunales guatemaltecos. Si EEGSA pudo haber presentado o no otros argumentos ante el juez contencioso-administrativo y cuáles eran los aspectos de fondo para los que no tenían competencia los jueces de amparo, que solamente podía resolver el juez contencioso-administrativo, son asuntos que la Demandante no planteó y mucho menos probó durante este proceso.

4.3 LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA

[477] La Demandante considera que las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala del 18 de noviembre de 2009 y del 24 de febrero de 2010, que revocaron las decisiones de amparo favorables a EEGSA, implican una denegación de justicia que se concretó con la segunda.⁴⁴⁰ Señala, igualmente, que “[I]o que se dice sobre la primera [sentencia] vale para la segunda, pues ésta se limita a reproducir retazos de la misma argumentación de aquella”.⁴⁴¹

[478] La argumentación de la Demandante sobre este asunto es confusa por cuanto no parece que los razonamientos de la primera sentencia sean aplicables a la segunda. En efecto, según Iberdrola, las sentencias de la Corte de Constitucionalidad constituyen una violación del debido proceso en cuanto:

- a. No resolvieron la controversia relativa a la interpretación y aplicación del Artículo 98 del RLGE; y
- b. Su motivación es inexistente o meramente aparente.

[479] Sin embargo, la alegación de que la Corte de Constitucionalidad ignoró el núcleo de la cuestión que EEGSA planteó, esto es, el rechazo del estudio de Bates White y la aprobación del de Sigla con base en el Artículo 98 del RLGE,⁴⁴² parece no haberse discutido en el caso que resolvió la sentencia del 24 de febrero de 2010.

[480] El *petitum* central de EEGSA, en el amparo que dio origen a la sentencia del 24 de febrero de 2010 fue que “... se deje en suspenso definitivamente en cuanto a Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, la resolución GJ-Providencia-tres mil ciento veinte uno (GJ-Providencia-3121) ... y se ordene a la autoridad recurrida que proceda a emitir nueva resolución en

⁴⁴⁰ Réplica, párrafo 751.

⁴⁴¹ Id., párrafo 774.

⁴⁴² Id., párrafo 778.

sustitución de la dejada en suspenso, garantizando el derecho de defensa y los principios del debido proceso y legalidad, debiéndose permitir que la Comisión Pericial, conformada apruebe el estudio tarifario presentado por el consultor contratado por la postulante del amparo".⁴⁴³ La demanda de EEGSA en este amparo no aborda el tema del Artículo 98.

[481] En consecuencia, no parece que sean aplicables los argumentos de la Demandante respecto del Artículo 98 de la RLGE a la sentencia de 24 de febrero de 2010, en cuanto en esta la Corte de Constitucionalidad no pudo analizar una cuestión que no le fue planteada: la relativa al Artículo 98 del RLGE.

[482] Dos son los argumentos que plantea la Demandante, en relación con las sentencias referidas, para sostener que existió denegación de justicia: falta de motivación y apariencia de motivación.

(A) LA FALTA DE MOTIVACIÓN

[483] Alega la Demandante en cuanto a la aprobación de la CNEE del estudio de Sigla, con base en el Artículo 98 del RLGE, que la Corte de Constitucionalidad "*... no dedica ni una sola palabra a esta cuestión total*".⁴⁴⁴ La Demandante insiste en que no hay en la sentencia motivación alguna, lo que lleva a una incongruencia omisiva o incongruencia *infra petita* que implica "*...una denegación de justicia... pues equivale a no contestar en absoluto, a negar por completo el acceso a la justicia*".⁴⁴⁵

[484] El Tribunal revisó cuidadosamente las sentencias cuestionadas por la Demandante y no quedó convencido de que la Corte se haya abstenido de revisar los asuntos que le fueron sometidos a su consideración y, menos aún, que la sentencia respectiva "*no dedica ni una sola palabra*" a la reclamación de EEGSA sobre la aprobación del estudio de Sigla con base en el Artículo 98 del RLGE.

[485] Como ya se analizó anteriormente en el presente Laudo, en la sentencia del 24 de febrero de 2010, la Corte no podía abordar ese tema, porque no era la materia de la controversia. En la del 18 de noviembre de 2009, la Corte se refirió, entre otros, a los siguientes asuntos:

"... el trámite que debe regir la determinación de tarifas base, sus valores máximos y fórmulas de ajuste periódico y condiciones de aplicación tarifaria para todos los consumidores del servicio de distribución final es el siguiente: a) cada distribuidora debe calcular los componentes del valor agregado de distribución -VAD- mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. Este procedimiento se realizará cada cinco años, y con una anticipación de doce meses de entrada en vigencia de las tarifas, fecha en la que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberá entregar a los distribuidores los términos de referencia de los estudios que servirán de base para la

⁴⁴³ Sentencia del 24 de febrero de 2010, páginas 4-5 (Anexo R-92).

⁴⁴⁴ Réplica, párrafo 785.

⁴⁴⁵ Id., párrafo 791.

contratación de las empresas consultoras especializadas; b) el consultor que finalmente resulte contratado deberá realizar aquel estudio y, posteriormente, debe entregar su proyecto a la distribuidora para que ésta con cuatro meses de anticipación a la fecha de entrada en vigencia de las nuevas tarifas, entregue a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica el estudio tarifario ya elaborado; c) la Comisión recibe el estudio y sus anexos y cuenta con un plazo de dos meses para revisar el mismo y formular las observaciones que estime pertinentes; d) en el caso de que el Distribuidor omita enviar los estudios realizados por parte del Consultor precalificado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica o bien, si no se corrigieran las observaciones formuladas por esa entidad, ésta quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que efectúe independientemente; e) una vez, recibidas las observaciones, la empresa consultora cuenta con un plazo de quince días, para efectuar las correcciones que le fueron formuladas a los estudios originalmente realizados y devuelve el estudio ya corregido a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica; f) al percibirse discrepancias respecto de las observaciones que hubiere efectuado la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, tanto esta última como el Distribuidor acordarán la integración de una Comisión Pericial, compuesta por tres miembros, uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, con el objeto de que esta Comisión se pronuncie sobre las discrepancias surgidas; g) la Comisión Pericial deberá pronunciarse sobre la viabilidad o inviabilidad de las observaciones formuladas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en un plazo de sesenta días contados desde su conformación”.⁴⁴⁶

“Como puede advertirse al análisis de la normativa estudiada, la Ley General de Electricidad y su respectivo Reglamento, establecen y definen el procedimiento que tanto las distribuidoras de energía eléctrica del país como la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deben agotar previo a fijar el monto de la tarifa que deberá regir durante cada quinquenio para la prestación del servicio de energía eléctrica. Esta Corte, al contraponer lo normado 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 Reglamento, pues la Empresa Eléctrica de Guatemala, de conformidad con lo regulado en el artículo 74 de la ley y 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, contrató una firma de ingeniería precalificada por la citada Comisión Nacional de Energía Eléctrica para efectuar el estudio tarifario de energía eléctrica que debía regir del año dos mil ocho al dos mil trece, habiendo resultado beneficiada la empresa Bates White; el proyecto elaborado por esta última le fue entregado, dentro del plazo que la ley establece, a la ahora autoridad reprochada para que ésta procediera a formular las observaciones que considerara pertinentes. Efectivamente, siguiendo los pasos establecidos en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, la Comisión formuló las observaciones que consideró convenientes, devolviendo el proyecto a la Distribuidora, ahora amparista, para que procediera a ejecutar las correcciones que se le formulaban. Esta entidad formuló objeciones e hizo las justificaciones que estimó procedentes

⁴⁴⁶ Subrayado fuera de texto original. Sentencia del 18 de noviembre de 2009, páginas 16-17 (Anexo D-198).

y en su nota de cinco de mayo de dos mil ocho hizo constar: "...Tales correcciones han sido incorporadas a una nueva versión del estudio original, la que contiene (i) todas aquellas correcciones derivadas de las observaciones formuladas por la Comisión... y (ii) las justificaciones y fundamentos... para todas aquellas observaciones,...que la Consultora...no consideró procedentes...". Esta afirmación denota que la ahora amparista, tal como lo expone en su escrito inicial de amparo, modificó en algunos puntos las observaciones que le fueron formuladas y, en otros justificó, las que según la consultora contratada, debían permanecer invariables. Fue ante esa circunstancia que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica resolvió conformar una Comisión Pericial conforme lo establece el artículo 98 íbid y dejó claro el conocimiento que tenía respecto a la omisión por parte de la postulante de realizar la totalidad de las observaciones objetadas por aquella Comisión.⁴⁴⁷

"Esta Corte advierte que el procedimiento llevado a cabo por ambas partes hasta antes de que la autoridad impugnada dispusiera disolver la Comisión Pericial y con base en un estudio realizado de manera independiente dictar el acto reclamado, fue ceñido a lo regulado en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad. La actitud que posteriormente asumió la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que fue la de dictar el acto que por este medio se reclama, constituye la médula de la impugnación respecto del trámite que establece tanto la Ley General de Electricidad como su Reglamento; en tanto que las facultades de ésta Comisión para fijar las indicadas tarifas (por omisión de la distribuidora de hacer las correcciones) es el argumento principal para justificar su actuación".⁴⁴⁸

"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 de los expertos, aun cuando sea concorde, no la obligaba a aceptar sus términos para aprobar las tarifas del caso".⁴⁴⁹

"En consecuencia, habiéndose dado por concluido el procedimiento establecido en los artículos 74 y 75 de la ley reguladora, que concluyó con el dictamen de la Comisión Pericial, el cual no era vinculante para la autoridad, ésta asumió su responsabilidad, que no tiene facultad para delegarla, aprobando, con base en los propios estudios que estimó pertinentes, las tarifas cuestionadas por medio del amparo".⁴⁵⁰

"Esta Comisión, como responsable de aprobar las tarifas aludidas en autos, debía seguir el proceso regulado por ley, a que se hizo ya referencia, esto es, conforme las formas descritas en el segmento considerativo anterior (-V-). Sin embargo, llegado al punto de que continuaran las discrepancias entre

⁴⁴⁷ Subrayado fuera de texto original. Id., páginas 20 y 21.

⁴⁴⁸ Subrayado fuera de texto original. Id., páginas 22 y 23.

⁴⁴⁹ Id., página 23.

⁴⁵⁰ Id., página 24.

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".⁴⁵¹

[486] Los magistrados que emitieron un voto disidente, el cual parece ser aceptado por la Demandante como expresión correcta de la interpretación de la normatividad guatemalteca, se refirieron de manera expresa al debate sobre el Artículo 98 y a las hipótesis de aplicación de dicho artículo, que es, precisamente, el tema que, según la Demandante, omitió tratar la Corte de Constitucionalidad.

[487] La Magistrada Gladys Chacón Corado en su voto disidente expresa, entre otras cosas, que:

"[I]a Comisión Nacional de Energía Eléctrica no se ciñó al pronunciamiento de aquella Comisión Pericial, lo que conllevó la aprobación unilateral de un estudio tarifario elaborado por consultor independiente, no habiendo concurrido alguno de los supuestos a que hace referencia el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, únicas situaciones que haría viable una actuación en tal sentido por parte de la autoridad impugnada...

Como bien se afirma en la sentencia, el procedimiento llevado a cabo por ambas partes fue correcto "hasta antes de que la autoridad impugnada dispusiera disolver la Comisión Pericial"; contrario sensu, lo actuado con posterior (sic) adolece de anomalías, pues la 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 mismos. En este caso la propia Resolución que constituye el acto agravante (CNEE-144-2008) reconoce que la distribuidora (amparista) sí cumplió con estos presupuestos, por lo que la autoridad impugnada estaba impedida para proceder en la forma como lo hizo".⁴⁵²

[488] El Magistrado Mario Pérez Guerra expuso en su voto disidente lo siguiente:

"Es en este punto en el que el suscrito estima cometida la vulneración al procedimiento, en tanto que en la intelección del contenido del citado artículo 98 es dable percibir que ese precepto contempla tres senderos – excluyentes entre sí– para la formación de los estudios tarifarios que habrán de ser aprobados en la conclusión: 1) el primero, que acaece en el momento

⁴⁵¹ Subrayado fuera de texto original. Id., página 31.

⁴⁵² Subrayado fuera de texto original. Sentencia del 18 de noviembre 2009, Voto Razonado Disidente de la Magistrada Gladys Chacón Corado (Anexo D-198).

en que, sin expresar objeciones, la Comisión acepta los estudios que hubiere presentado el Distribuidor, con intervención de Consultora, luego de que recibió de dicha Comisión los denominados Términos de Referencia; 2) el segundo, que se origina tras la calificación que haga la Comisión referente a que surgieron discrepancias por las posturas encontradas que asumen dicha Comisión y el Distribuidor tras la formulación, por parte de éste, del estudio original y el posterior que contiene la corrección de las observaciones que en fase posterior hubiere formulado la Comisión. Éste concluye con el informe que rinde la Comisión Pericial y las correcciones que, con base en el mismo, efectúe la Consultora del Distribuidor; 3) el tercero -al que acudió la Comisión en el caso concreto-, que surge bien en el momento en que, habiendo entregado la Comisión los Términos de Referencia al Distribuidor, éste omite enviar el estudio tarifario requerido, o cuando, habiendo sido formulado éste y habiendo sido expresadas observaciones por parte de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el Distribuidor incurre en la omisión de enviar las correcciones que corresponden al estudio presentado originalmente.

Obsérvese que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, al proferir la Resolución reclamada en el sentido en el que lo hizo, confundió los senderos descritos; esto porque si en el caso positivó, debido a las circunstancias acaecidas en los procedimientos, el indicado en el inciso 2) del párrafo que precede, esto es, que calificó como discrepantes su postura y la que asumió la Empresa Eléctrica de Guatemala Sociedad Anónima y formó la Comisión Pericial contemplada en la Ley y en el Reglamento, luego de que recibió el Informe que rindió esa Comisión no debió retrotraer el procedimiento a la fase superada, en la que pudo utilizar el tercero de los senderos descritos; especialmente porque, a juicio del suscrito, la Distribuidora no actualizó el supuesto que concede la facultad a la Comisión de Energía Eléctrica a formular el estudio tarifario por sí, con intervención de una Consultora independiente, debido a que la postura que asumió la Distribuidora en aquella oportunidad no puede calificarse como la omisión que prevé el último párrafo del artículo 98 citado que, a criterio del suscrito, ocurre cuando, al tenor de esa regulación reglamentaria, el Distribuidor no remite ningún estudio o corrección cuando es intimado para presentarlos. Y es que resulta contradictorio que la circunstancia que constituyó motivo para la formación de la Comisión Pericial –el surgimiento de discrepancias en la estructuración del estudio tarifario original y las observaciones formuladas– no podía constituir motivo, a la vez, para calificar como omisiva la postura de la Distribuidora en el caso concreto.”⁴⁵³

- [489] Para el Tribunal resulta evidente que, contrariamente a lo que afirma la Demandante, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la sentencia del 18 de noviembre de 2009 sí abordó el tema del Artículo 98 y se refirió a las hipótesis en las cuales la CNEE podía aprobar las tarifas con base en su propio estudio y no con fundamento en el del distribuidor. Los votos disidentes en forma alguna señalan que la Corte dejara de pronunciarse sobre el Artículo 98 y la forma como este debe entenderse. Por el contrario, la discrepancia de los dos magistrados se refiere precisamente al alcance,

⁴⁵³ Subrayado fuera de texto original. Sentencia del 18 de noviembre de 2009, Voto Razonado Disidente, Magistrado Mario Pérez Guerra (Anexo D-198).

equivocado en su concepto, que la Corte de Constitucionalidad dio a ese Artículo 98. Para el Tribunal no es posible aceptar que la Demandante alegue, por un parte, que la Corte de Constitucionalidad ignoró por completo el tema, y por la otra, que está de acuerdo con los votos disidentes que se refieren precisamente a este asunto.

- [490] Es posible que la sentencia hubiere podido tener mayor precisión en los conceptos o no haber confundido, como parece hacerlo, la secuencia en que se deben dar ciertos hechos dentro del proceso. Lo que no puede afirmarse, como lo hace la Demandante, es que la Corte "*no dedica ni una sola palabra*" a la reclamación de EEGSA sobre la aprobación del estudio de Sigla con base en el Artículo 98 del RLGE. Para el Tribunal, la decisión mayoritaria se refirió expresamente al *thema decidendum* el cual la Demandante alega que fue completamente ignorado por la Corte.
- [491] Lo que resulta de las alegaciones de la Demandante y de los informes periciales que presentó es una inconformidad con la decisión de la Corte Constitucional y con la forma en que esta analizó el caso. Para el Tribunal, la mera discrepancia con el razonamiento de la decisión judicial, con la calidad de la sentencia, con lo persuasivo de su contenido o la sorpresa que el resultado le cause al reclamante, no constituyen denegación de justicia.
- [492] La sentencia puede haber interpretado el citado Artículo 98 de manera equivocada o contener un razonamiento que no se ajuste a las reglas de interpretación internas del derecho guatemalteco. Sin embargo, acogiendo lo señalado, entre otros, en el caso *Mondev*,⁴⁵⁴ el Tribunal considera que para que haya denegación de justicia, no basta que la decisión de los jueces nacionales haya sido sorpresiva para el reclamante o que él no comparta la decisión. Para efectos de determinar si hubo denegación de justicia, el Tribunal debe definir si lo resuelto por los jueces nacionales da lugar a preocupaciones justificadas, a la luz del derecho internacional, sobre lo adecuado de la decisión, teniendo en cuenta que los tribunales internacionales no son cortes de apelaciones y que el Tratado busca otorgar una medida real de protección. En otras palabras, debe establecer si la decisión, a la luz de los hechos, fue claramente inapropiada o ignominiosa.
- [493] El Tribunal concluye, siguiendo el criterio señalado en *Mondev*, similar al utilizado en *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*,⁴⁵⁵ que la Demandante no demostró que las cortes de Guatemala tomaron su decisión sin tener en cuenta (o sin dedicar una sola palabra, como lo dice la Demandante) los argumentos de EEGSA. Por el contrario, lo que demuestran las pruebas aportadas es que la Corte de Constitucionalidad analizó en su totalidad la reclamación de EEGSA y que, simplemente, la rechazó. No encuentra el Tribunal que haya en la decisión dudas justificadas acerca de lo adecuado de la decisión a la luz del concepto de denegación de justicia en el derecho internacional.

⁴⁵⁴ *Mondev c. EEUU*, Laudo, 11 de octubre de 2002, párrafo 127.

⁴⁵⁵ *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/16, Laudo, 31 de marzo de 2011, párrafos 318 - 319.

(B) APARIENCIA DE MOTIVACIÓN

- [494] Iberdrola retoma los considerandos de la Corte sobre el carácter vinculante o no de los pronunciamientos de la Comisión Pericial para alegar que éstos son tan deficientes que no alcanzan la "*categoría de argumento jurídico*".⁴⁵⁶
- [495] Iberdrola alega que la Corte se escudó sobre todo en una pretendida interpretación literal de los preceptos de la LGE y el Reglamento;⁴⁵⁷ que la Corte sólo emplea el criterio literal en apariencia⁴⁵⁸ y que el defecto de motivación se agrava porque la Corte otorga "... a ese *sedicente criterio literal el espacio central de la motivación de la Sentencia*"⁴⁵⁹. Así, la Demandante concluye que "*[e]n lo relativo a la interpretación literal, la decisión de la Corte de Constitucionalidad es irrazonable y, por tanto, no es derecho*".⁴⁶⁰ Además, a juicio de Iberdrola, la Corte debió hacer uso de criterios adicionales de interpretación, como el sistemático, el genético o el teleológico.⁴⁶¹
- [496] Agrega la Demandante que "*[l]as demás consideraciones que contiene la Sentencia no pasan de pseudo-argumentos, pues ponen la conclusión como premisa; presuponen lo que están tratando de demostrar; en suma, hacen supuesto de la cuestión*".⁴⁶² Iberdrola señala, que la Corte efectuó consideraciones: (i) sobre la naturaleza de los dictámenes periciales y (ii) relativas a la facultad de la CNEE de aprobar pliegos tarifarios, que de conformidad con la LGE y el RLGE, de ninguna manera, directa o indirectamente, corresponden a una comisión pericial.
- [497] La cuestión que motivó el amparo presentado por EEGSA, que dio origen a la sentencia de la cual se queja la Demandante, fue el relativo a la disolución de la Comisión Pericial. Como asuntos relativos a la facultad de disolver la Comisión Pericial, antes de que cumpliera lo que EEGSA entendía era su mandato, la Demandante señala los relativos al carácter vinculante o no de las decisiones de la Comisión Pericial y a la aplicación de las reglas de su funcionamiento, las cuales la Demandante asegura que fueron pactadas por EEGSA y la CNEE.
- [498] En su sentencia del 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad se pronunció sobre cada uno de los asuntos antes mencionados y señaló, entre otras cosas, que:

"... [e]n congruencia con lo resuelto por esta Corte dentro de los expedientes acumulados un mil ochocientos treinta y seis y un mil ochocientos cuarenta y seis, ambos de dos mil nueve (1836-2009 y 1846-2009), cabe advertir que en la Ley General de Electricidad (artículos 75 y 77), así como en su respectivo Reglamento (artículos 98 tercer párrafo y 98 bis) se encuentra determinado el procedimiento de conformación de la

⁴⁵⁶ Réplica, párrafo 794.

⁴⁵⁷ Id., párrafo 795.

⁴⁵⁸ Id., párrafo 803.

⁴⁵⁹ Id., párrafo 804.

⁴⁶⁰ Id., párrafo 805.

⁴⁶¹ Id., párrafo 806.

⁴⁶² Id., párrafo 816.

Comisión Pericial, los plazos para integrarla y para que ésta se pronuncie sobre los puntos objeto de su conocimiento, siendo éstos las discrepancias surgidas en relación al estudio tarifario con base a los términos de referencia fijados. En el caso de marras, la citada Comisión Pericial se conformó según lo dispuesto en la Ley de la materia y su reglamento, y estando dentro del plazo establecido, emitió su pronunciamiento respecto de las discrepancias encontradas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica entre el estudio tarifario remitido por la hoy amparista y los términos de referencia previamente dictados por la hoy autoridad recurrida. Al efecto, cabe señalar, que no se advierte, tanto en la Ley que regula la materia, como en su respectivo Reglamento, --única normativa aplicable al caso dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente-- norma alguna que atribuya a la Comisión Pericial, otra función más allá que la de su pronunciamiento sobre las discrepancias ya referidas. En tal virtud, con la entrega de su respectivo pronunciamiento, la Comisión Pericial cumplió con la función que la Ley de la materia y su respectivo Reglamento, le encomendaran para el efecto. Por lo que al haberse agotado su función legal, no tratándose de una Comisión de tipo permanente, sino más bien de carácter temporal, cuya función dictaminadora, según la ley, debía servir para la definición tarifaria por la autoridad competente para ello, no teniendo ya ninguna otra intervención en el procedimiento, según la Ley, ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de aquélla, siendo que el proceder de la autoridad impugnada se ciñó al procedimiento establecido en la Ley y Reglamento que regulan la materia”.⁴⁶³

“... [e]sta Corte considera oportuno, tal y como lo hizo al pronunciarse en cuanto al tema en cuestión, en los expedientes acumulados un mil ochocientos treinta y seis y un mil ochocientos cuarenta y seis, ambos del año dos mil nueve, (1836-2009 y 1846-2009) ya citados, enfatizar lo relativo a la naturaleza del dictamen pericial de marras, en el sentido que “la pericia, como sabiduría, práctica, experiencia o habilidad en una ciencia y arte, ha sido tradicionalmente un auxilio al que acude la autoridad que debe tomar una decisión respecto de determinada materia. Constituye un auxiliar para ilustrar la mejor decisión, aunque, según la legislación común y la práctica jurídica guatemalteca, se entiende que los conocimientos científicos y técnicos no aportan juicios en sí, sino elementos para orientar la decisión de quien tiene o en quien descansa la autoridad. De ahí que ésta no tiene obligación de sujetarse al dictamen de los peritos...”. Por otro lado, esta Corte, en cuanto a los alcances de dictámenes de esta naturaleza, con anterioridad se ha pronunciado en el sentido que: “en cuanto a su alcance el dictamen no obliga al órgano asesorado, esto respecto de aquellos que la doctrina sitúa ya sea en la categoría de facultativo –que es aquel que la Administración no está obligada a requerir- o la de obligatorio –que es el que debe recabarse necesariamente por disponerlo expresamente la ley-, más no así aquél que es el denominado vinculante, del cual la ley impone la obligación de producir y a cuyas conclusiones tiene que conformarse la voluntad administrativa”. (Expediente mil trescientos cincuenta y ocho –noventa y seis -1358-96, Gaceta Jurisprudencial cuarenta y cuatro, página sesenta y seis)”.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Subrayado fuera de texto original. Sentencia del 24 de febrero de 2010, páginas 31 - 32 (Anexo R-92).

⁴⁶⁴ Subrayado fuera de texto original. Id., páginas 32 - 33.

*"En tal virtud, y con base en las consideraciones antes realizadas, atribuirle 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 Derecho y además, atentatorio del principio de función pública sujeta a la ley, pues según lo disponen la Ley General de Electricidad, así como su respectivo Reglamento, -única normativa aplicable dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente- compete a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como único ente responsable, la función consistente en la fijación de las tarifas de distribución y la aprobación de los estudios tarifarios, debiendo continuar con el proceso correspondiente, lo que constituye una función pública, que a tenor de lo que para el efecto establece el artículo 154 de la Norma Suprema, es indelegable. Por otro lado, del examen de la legislación aplicable, se aprecia que el artículo 75 de la Ley que regula la materia, ya referido en varias oportunidades a lo largo del presente análisis, le atribuye a la Comisión Pericial de mérito la puntual y específica tarea de pronunciarse (una sola vez) respecto de las discrepancias, en relación a las observaciones formuladas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica al estudio tarifario, de acuerdo a los términos de referencia previamente establecidos; no pudiendo, por ello, ni siquiera inferirse que la Comisión Pericial nombrada pueda o deba conocer de todo el estudio para la fijación de las tarifas, o bien que ésta emita varios pronunciamientos sucesivos, lo que constituiría un trámite y facultad ajenos al derecho público aplicable".*⁴⁶⁵

- [499] La Corte de Constitucionalidad considera pues que, según el régimen jurídico guatemalteco, las funciones que la ley le atribuye a la Comisión Pericial no van más allá de pronunciarse sobre las discrepancias entre el distribuidor y la CNEE y que, en consecuencia, su función termina con el pronunciamiento que haga sobre tales diferencias. En consecuencia, en opinión de la Corte, al no tener asignada función adicional alguna, la decisión de la CNEE de disolver la Comisión Pericial se ajustó al régimen legal aplicable en Guatemala.
- [500] En cuanto a la naturaleza de la Comisión Pericial, la Corte de Constitucionalidad, citando decisiones anteriores, la equipara a la de un perito y concluye que su decisión, como la de los peritos en el ordenamiento jurídico guatemalteco, no es vinculante. Considera la Corte, finalmente, que atribuirle a la Comisión Pericial la función de fijar tarifas resultaría contrario al principio de legalidad y atentaría contra el principio de la función pública pues, según lo disponen la LGE y el RLGE, compete a la CNEE, como único ente responsable, la fijación de las tarifas de distribución y la aprobación de los estudios tarifarios.
- [501] La Demandante se queja de que, aparentemente, la Corte sólo aplicó el método literal de interpretación y se abstuvo de usar otros métodos – sistemático, genético o teleológico –. Si lo hubiera hecho, en sentir de la Demandante, la Corte habría llegado a una conclusión diferente. Apoyada en

⁴⁶⁵ Subrayado fuera de texto original. Id., páginas 33 - 34.

el dictamen de su experto jurídico, se queja, igualmente, de que la Corte parte de la conclusión para ponerla como premisa.

[502] A juicio del Tribunal, al igual que en la reclamación por denegación de justicia derivada de la falta de motivación, lo que la Demandante tiene es una inconformidad con la sentencia de la Corte de Constitucionalidad y con la forma en que esta analizó el caso. La Demandante discrepa de los criterios de interpretación de la Corte; de la falta de aplicación de unos métodos de interpretación y de la utilización inadecuada de otros; del raciocinio de la sentencia y de la forma en que la Corte abordó la cuestión. Como ya se señaló, la mera discrepancia con el razonamiento de la decisión judicial, con la calidad de la sentencia, o con lo persuasivo de su contenido, no constituye denegación de justicia.

[503] Lo que la Demandante está pidiendo a este Tribunal es que revise la decisión de la Corte de Constitucionalidad y la reemplace por una nueva, basada en criterios de interpretación diferentes; o que declare que hay denegación de justicia porque esa Corte debió aplicar criterios de interpretación y razonamientos diferentes. Evidentemente esa no es función de este Tribunal.

[504] El Tribunal estima que no existe base para la alegación de la Demandante de que según el derecho internacional, la interpretación de la Corte de Constitucionalidad es aberrante o arbitraria; o es una decisión inaceptable según los estándares internacionales de la debida administración de justicia. Lo que sucede es, simplemente, que la Demandante discrepa del razonamiento, el método de interpretación y la decisión de esa Corte.

[505] Este Tribunal Arbitral comparte el criterio expresado en el caso de *Waste Management*, según el cual:

*"Volviendo a las razones realmente esgrimidas por las cortes federales, el Tribunal observaría que no es una corte de apelaciones adicional, y que el Capítulo 11 del TLCAN [tampoco es] una nueva forma de amparo respecto de las decisiones de las cortes federales de las partes del TLCAN. Algunas decisiones parecen haber estado fundamentadas en razones más bien técnicas, pero la noción de que el tercero beneficiario de una línea de crédito o garantía debe probar estrictamente su derecho no es una [noción] parroquial o inusual..."*⁴⁶⁶

[506] Con igual razonamiento, en el citado caso *Azinian*, el Tribunal Arbitral concluyó que:

"Por tanto, no sería suficiente que los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los actos o las motivaciones del Ayuntamiento de Naucalpan han de ser desaprobados, o que las razones expuestas por los

⁴⁶⁶ Traducción del Tribunal. *Waste Management c. México*, Laudo Parcial, 30 de abril de 2004, párrafo 129. Texto original en inglés: "Turning to the actual reasons given by the federal courts, the Tribunal would observe that it is not a further court of appeal, nor is Chapter 11 of NAFTA a novel form of amparo in respect of the decisions of the federal courts of NAFTA parties. Certain of the decisions appear to have been founded on rather technical grounds, but the notion that the third party beneficiary of a line of credit or guarantee should strictly prove its entitlement is not a parochial or unusual one".

*tribunales mexicanos en sus tres sentencias no son persuasivas. Estas consideraciones son inútiles mientras los demandantes no estén en posibilidad de señalar un incumplimiento de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo Once imputable al Gobierno de México".*⁴⁶⁷

[507] El Tribunal Arbitral concluye que lo que la Demandante ha sometido a su consideración es su discrepancia con la decisión de la Corte. EEGSA presentó su caso; este fue resuelto pero la Corte no le dio la razón ni estuvo de acuerdo con el método de interpretación ni con el raciocinio de EEGSA. Evidentemente, esa discrepancia no constituye un acto de denegación de justicia.

[508] Después de analizar cuidadosamente las alegaciones y las pruebas presentadas por las Partes, el Tribunal determina que no se probó la alegación de la Demandante de que la República de Guatemala incurrió en este caso en un acto de denegación de justicia.

VI. COSTOS

1. LA POSICIÓN DE LAS PARTES

[509] Ambas Partes solicitan al Tribunal que imponga a la otra Parte el pago de la totalidad de los gastos y costos del proceso, más intereses desde la fecha del Laudo hasta su pago.⁴⁶⁸

[510] La Demandante presentó una reclamación por los costos en los que incurrió a lo largo del procedimiento que asciende a la suma de USD \$4.221.427,66.⁴⁶⁹ A juicio de la Demandante, la condena a Guatemala por la vulneración de las protecciones del Tratado debe conllevar la condena a soportar los costos en los que incurrió Iberdrola.⁴⁷⁰ Asimismo, la Demandante alega, entre otras cosas, que aún si el Tribunal no concediera todas sus pretensiones, la Demandada debe soportar el pago de las costas ya que: (i) los hechos probados revelan falta de buena fe en la conducta de las autoridades guatemaltecas; (ii) la actitud del Estado durante el transcurso del procedimiento fue obstruccionista y dilatoria.⁴⁷¹

[511] La Demandada presentó una reclamación por los costos en los que incurrió en este arbitraje que ascienden a un total de USD \$5.312.107. Para la Demandada, la conducta de la Demandante durante el procedimiento amerita que se condene a esta a pagar la totalidad de los costos. Solicita al Tribunal que considere las siguientes circunstancias al decidir la distribución de los costos: (i) la presentación a este Tribunal de una disputa meramente regulatoria, ya resuelta por los tribunales locales; (ii) el cambio en el monto reclamado por Iberdrola entre la fecha de presentación de la Réplica y su Nota Explicativa; (iii) el mantenimiento de la reclamación de expropiación a pesar de haber realizado una venta millonaria de sus activos; (iv) la

⁴⁶⁷ *Robert Azinian c. México*, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafo 84.

⁴⁶⁸ Escrito sobre los Costos de la Demandante, párrafo 3; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, *Petitum*, página 122; y Escrito sobre los Costos de la Demandada, párrafos 1 y 9.

⁴⁶⁹ Escrito sobre los Costos de la Demandante, página 14.

⁴⁷⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 381.

⁴⁷¹ *Id.*, párrafos 384 y s.s.

negativa de entregar la totalidad de la información relativa a la valuación de sus activos en el contexto de la transacción de venta.⁴⁷²

2. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

[512] De conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI:

*"En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo".*⁴⁷³

[513] La Regla 28 de las Reglas de Arbitraje:

"(1) Sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de las costas procesales, el Tribunal podrá decidir, salvo que las partes convengan en otra cosa:

(a) en cualquier etapa del procedimiento, que parte de los honorarios y gastos del Tribunal y de los derechos por el uso de los servicios del Centro pagará cada una, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero;

*(b) respecto de cualquier parte del procedimiento, que los costos pertinentes (según los determine el Secretario General) los sufrague íntegramente, o en una parte determinada, una de las partes".*⁴⁷⁴

[514] Según el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI y la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal tiene amplia facultad para determinar los costos⁴⁷⁵ del arbitraje y la distribución de tales costos entre las Partes.

[515] En ejercicio de esta facultad, el Tribunal estima que la distribución de los costos deberá efectuarse tomando en consideración el éxito de las reclamaciones de cada una de las Partes, en conjunto con las circunstancias del caso y la conducta de las Partes en el procedimiento. En esta misma línea se han pronunciado otros tribunales arbitrales internacionales.⁴⁷⁶

[516] Para efectos de determinar los costos del procedimiento y la distribución de los mismos entre las Partes, el Tribunal ha considerado los siguientes factores:

⁴⁷² Escrito sobre los Costos de la Demandada, párrafo 8.

⁴⁷³ Convenio del CIADI, Artículo 61.2.

⁴⁷⁴ Reglas de Arbitraje, Regla 28.

⁴⁷⁵ El Tribunal usa el término costos para hacer referencia a la totalidad de los gastos y honorarios que asumieron las Partes en el procedimiento.

⁴⁷⁶ Véase, entre otros, *Cementownia "Nowa Huta" S. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Laudo, 17 de septiembre de 2009, párrafos 176 y s.s., *Libananco Holdings co. Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Laudo, 2 de septiembre de 2011, párrafos 562 y s.s., *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párrafos 316 y s.s. y *EDF (Services) Ltd. C. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafos 321 y s.s.

- a. Frente a las pretensiones principales de la Demandante, prosperó la excepción de jurisdicción presentada por la Demandada;
- b. La Demandante insistió en que no se debía bifurcar el procedimiento, oponiéndose así a que el Tribunal resolviera la excepción de jurisdicción de la Demandada en una etapa preliminar;
- c. La única pretensión de fondo que el Tribunal pudo conocer fue desestimada;
- d. La Demandante reformuló el *petitum* que presentó en el Memorial en la Réplica y en su Escrito Posterior a la Audiencia.
- e. Ninguna de las Partes objetó los montos de los costos reclamados por la otra Parte y el Tribunal considera que esos costos son razonables.

[517] El Tribunal no pudo confirmar la alegación de la Demandante de que las autoridades guatemaltecas no actuaron de buena fe. Además, el Tribunal estima que no le asiste la razón a la Demandante al afirmar que la actitud del Estado durante el transcurso del procedimiento fue obstruccionista y dilatoria.⁴⁷⁷

[518] Por lo expuesto, el Tribunal concluye que la Demandante debe asumir la totalidad de sus propios costos y la totalidad de los costos en los que incurrió la Parte Demandada.

⁴⁷⁷ Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafos 384 y s.s.

VII. DECISIÓN

El Tribunal Arbitral, de conformidad con los Artículos 41, 48 y 61 del Convenio del CIADI y las Reglas 28, 41 y 47 de las Reglas de Arbitraje, por unanimidad resuelve:

1. Aceptar la excepción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal presentada por la República de Guatemala, con respecto a las peticiones de la Demandante de que se declare la ocurrencia de una expropiación; la violación del estándar de trato justo y equitativo; la violación de la obligación de proporcionar plena protección y seguridad; la violación de la obligación de no interferir en la inversión y la obligación de Guatemala de cumplir las obligaciones contraídas en relación con las inversiones de la Demandante;
2. Denegar la pretensión de la Demandante de que la República de Guatemala incurrió en este caso en actos de denegación de justicia;
3. Declarar que la Demandante debe asumir la totalidad de sus propios costos y la totalidad de los costos en que incurrió la Parte Demandada que ascienden a la suma de USD \$5.312.107.

[firmado]

Dr. Eduardo Zuleta
Presidente
Fecha: agosto 10 de 2012

[firmado]

Me Yves Derains Arbitro Fecha:
Arbitro
Fecha: 31/7/2012

[firmado]

Lic. Rodrigo Oreamuno
Arbitro
Fecha: 6 de agosto del 2012