

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

WASHINGTON, D.C.

En el proceso de anulación entre

IBERDROLA ENERGÍA, S.A.

Y

REPÚBLICA DE GUATEMALA

Caso CIADI N° ARB/09/5

**DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DEL LAUDO
PRESENTADA POR IBERDROLA, S.A.**

DISIDENCIA DEL MIEMBRO DE COMITÉ DR. JOSÉ LUIS SHAW

Miembros del Comité

Dr. Enrique Barros Bourie, Presidente

Prof. Piero Bernardini, Miembro del Comité

Dr. José Luis Shaw, Miembro del Comité

Secretaria del Comité

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Asistente del Comité

Sr. Lucas Solimano

I. INTRODUCCIÓN

1. No tengo el honor de compartir lo sustancial de las conclusiones y decisiones del Comité *ad hoc* en mayoría compuesta por el voto de su Presidente Dr. Enrique Barros Bourie y de su miembro integrante Prof. Piero Bernardini, por fundamentos cuya naturaleza torna muy difícil incluirlos o referenciarlos dentro del texto de la Decisión del Comité en mayoría, con lo cual ha concordado el Sr. Presidente Dr. Barros Bourie.
2. Por ello he optado por fundar mi posición en la presente Disidencia por separado, para ser adjuntada a la Decisión en mayoría, acorde a la previsión contenida en el art. 48(4) del Convenio del CIADI y en la Regla 47(3) de las Reglas de Arbitraje CIADI.

II. LAS CAUSALES DE ANULACIÓN INVOCADAS POR IBERDROLA

3. Como se expresa en la Decisión del Comité en mayoría, Iberdrola presentó la Solicitud de Anulación del Laudo Arbitral invocando tres de las cinco causales establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, sosteniendo específicamente que:
 - i) El Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(b));
 - ii) Se ha producido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(d)); y
 - iii) No se han expresado en el Laudo los motivos en que se funda (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(e)).

III. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS FACULTADES DE ANULACIÓN DEL COMITÉ Y SOBRE LA CAUSAL DE FALTA DE MOTIVACIÓN

4. En el numeral V, literal A de la Decisión del Comité en mayoría ¹ se realizan consideraciones previas sobre la “*anulación en general*”, “*con el fin de definir los límites de su potestad de revisión respecto de las causales de anulación*” invocadas por Iberdrola, que el Comité examina posteriormente.

¹ Decisión del Comité en mayoría, numeral V, literal A, párrs. 71,72, 73 y ss.

Asimismo, al examinar específicamente, en el numeral V, literal D, la causal de anulación de “Falta de expresión de los motivos en que se funda el Laudo”, se realizan en la Decisión del Comité en mayoría consideraciones previas “en cuanto a la falta de motivos en general”.²

5. Antes de examinar esas consideraciones, entiendo que corresponde aclarar que, a mi juicio, asiste razón a Iberdrola cuando sostiene que, sin perjuicio de considerar cada una de las tres causales de anulación invocadas por separado, un mismo hecho es susceptible de ser subsumido en diferentes causales de anulación, sin que la elección de una u otra deba afectar el resultado siempre que se cumplan sus requisitos.³

Ello es particularmente cierto, a mi criterio, respecto de la causal de no expresión en el laudo de los motivos en que se funda (falta de motivación), porque si bien está expresamente consagrada por separado en el literal (e) del art. 52.1 del Convenio del CIADI, ella está presente y tiene incidencia fundamental también en las causales de anulación consagradas en los literales (b) y (d) de dicho artículo.

No pueden caber dudas de que esta causal es de fundamental importancia para determinar si existen razones para la anulación de un laudo en este excepcional procedimiento de anulación previsto en el Convenio CIADI.

De hecho, Iberdrola invocó la configuración de la causal de falta de motivación también al fundamentar su solicitud de anulación por las otras dos causales.

6. Retomando las consideraciones previas realizadas por el Comité en mayoría, entiendo pertinente mencionar que en el numeral V, literal A de la Decisión, refiriéndose a la “potestad de revisión” del Comité a los efectos anulatorios de un laudo, luego de realizar algunas consideraciones generales sobre la diferencia entre apelación y anulación -que son totalmente compartibles- se expresa:

“75. Bajo este estándar, no todo error o diferencias de apreciación respecto a la corrección del laudo es anulable, de modo que deben evitarse anulaciones por meros desacuerdos interpretativos. Si bien esta diferencia ha sido siempre reconocida

² Decisión del Comité en mayoría, numeral V, literal D.1, párrs. 116 y ss.

³ Escrito de Solicitud de Anulación del Laudo y Petición de Suspensión de Ejecución (num. 5.1, párr. 59, pág. 14); y Memorial de Demanda de Anulación (num. 5, párr. 89, pág. 32).

teóricamente, su aplicación práctica efectiva ha sido menos consistente.⁴ Por esta razón, ‘este Comité más que dedicarse a la formulación conceptual de esta diferencia, procurará aplicarla de manera rigurosa’ al momento de decidir sobre cada una de las causales de anulación invocadas en contra del Laudo” (énfasis agregado).

“76. Asumido que el propósito de la anulación no es decidir sobre la corrección de la decisión contenida en el Laudo, basta que la decisión del Laudo sea ‘defendible’ para que no haya lugar a la anulación. Por eso, aunque este Comité tenga diferencias, incluso severas, con el Tribunal, de ello no se sigue que deba dar lugar a la anulación del Laudo...” (énfasis agregado).

Y se agrega que el Comité comparte el criterio de anulación definido en *Fraport c. Filipinas*⁵, donde la Decisión del Comité dice, en lo fundamental: “... As long as the interpretation arrived at by the Tribunal is a ‘tenable’ one, it is not open to the Committee to conclude that the Tribunal manifestly exceeded its powers. The Committee, without necessarily endorsing the interpretation of the BIT provided by the Tribunal, considers that the latter’s interpretation, based in particular upon its reading of Article 2 to the Protocol, is not untenable...” (énfasis agregado).

7. A su vez, en el numeral V, literal D de la Decisión del Comité en mayoría, refiriéndose a la causal de anulación de “Falta de expresión de los motivos en que se funda el Laudo”, se expresa en el literal D.1 titulado “En cuanto a la falta de motivos en general”:

“116...De acuerdo con el Artículo 48.3 todos los fallos de los Tribunales CIADI deben ser motivados. Ni con acuerdo de las partes los Tribunales pueden dejar de motivar sus sentencias.⁶ El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.3 del Convenio CIADI, es decir, la dictación de un Laudo sin motivación, es susceptible de ser anulado de acuerdo con el artículo 52.1 letra (e)”.

⁴ “Schreuer, Christoph, et al. Op. cit. p. 903, citando como ejemplos de aplicación defectuosa de la distinción a *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/81/1), Decisión de Anulación de 16 de mayo de 1986 (“Amco I”); *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N° ARB/81/2, Decisión de Anulación de 3 de mayo de 1985 (“Klöckner I”)).

⁵ “*Fraport AG Frankfurt Airports Worldwide c. República de Filipinas* (Caso CIADI N° ARB /03/25), Decisión de Anulación de 23 de diciembre de 2010 (“*Fraport c. Filipinas*”), §112”.

⁶ “En efecto, ‘[a] reasoned judgment contributes to ensuring not only that justice is done but that it is perceived to be done’. Schreuer, Christoph, et al. Op. cit. P.996” (destacado agregado).

“117. En principio, entiende este Comité que existen tres posibles problemas relativos a la fundamentación del Laudo: (i) ausencia de motivación; (ii) motivos insuficientes y (iii) motivos contradictorios” (énfasis agregado).

“118. En cuanto a la ‘ausencia de motivación’, la experiencia muestra que es improbable que un Laudo carezca por completo de fundamentos. Hasta ahora no se ha dado el caso de un Laudo que haya sido anulado por carecer de toda fundamentación. Sin embargo, es más probable que ciertas decisiones del Laudo no estén fundadas en motivaciones, como lo exige el Convenio CIADI.⁷ Sobre este punto, los comités de anulación han formulado diversos criterios para determinar que debe entenderse por un Laudo fundado.⁸”

“119. La ‘motivación suficiente’ es generalmente más problemática en esta sede de nulidad, pues es difícil que un Comité entre a sopesar la suficiencia de las razones otorgadas por un Tribunal, sin convertirse de ese modo en un Tribunal de Apelación que revisa el mérito del fallo. La fijación de un estándar de ‘razones suficientes’ que sea consistente con la función restringida de la anulación es particularmente difícil, razón por la cual este Comité será ‘particularmente cauteloso’ en esta tarea. A juicio del Comité, un criterio adecuado es el seguido por el comité en el caso MINE conforme al cual si el Laudo permite seguir su razonamiento desde el ‘Punto A’ hasta el ‘Punto B’ quiere decir que se encuentra suficientemente fundado, con independencia de la opinión que el Comité tenga acerca de la corrección material de esa fundamentación. En efecto, en ese caso el Comité declaró que ‘the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A to Point B and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law’.⁹ Este criterio ha sido seguido, entre otros, también por los comités de los casos

⁷ “Adicionalmente, es requerido un test de proporcionalidad, porque la nulidad sólo procede si las partes no fundamentadas del Laudo deben ser relevantes para la decisión final. En consecuencia, este Comité estima que, aunque deseable, no toda afirmación del Laudo debe necesariamente estar expresamente fundada. Así por ejemplo, tal como se discutió en los §§ 109 a 110 anteriores, el Laudo no expresa cual es la consecuencia de su censura al cambio de petitum en el Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola, pero esta omisión es irrelevante en lo resuelto, como se analizó, de modo que no puede dar lugar por sí misma para anular el Laudo, sea parcial o completamente”.

⁸ “Ver casos Klockner I, Wena Hotels c. Egipto, Soufraki c. EAU y MTD c. Chile, por ejemplo”.

⁹ “MINE c. Guinea, § 5.09”.

Fraport,¹⁰ *Wena Hotels*,¹¹ *Lucchetti*¹² y *CDC*.¹³” (énfasis agregado).

“120. También resulta relevante para este Comité lo referido en el caso *Vivendi I*, donde se estimó que ‘[E]l Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes. Cabe reiterar que un comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones. En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo **debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa** y, en segundo término, **que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal**’”.¹⁴ (énfasis agregado).

“121. Por último, ‘las razones contradictorias’ también pueden dar lugar a una anulación. Si el Laudo expresa motivos lógicamente contradictorios, la fundamentación es inexistente, pues éstos se cancelan entre sí” (énfasis agregado).

“121. Se explica, entonces que los comités de anulación que se han enfrentado a este problema han declarado, como cuestión de principio, que las razones contradictorias equivalen a una falta de razones y son motivo suficiente para anular el laudo.¹⁵ Con todo, como lo advierte el Comité en el caso *Vivendi I* y lo comparte este Comité, ‘es

¹⁰ “*Fraport c. Filipinas*, § 249”.

¹¹ “*Wena Hotels c. Egipto*, § 79”.

¹² “*Lucchetti c. Perú*, § 127”.

¹³ “*CDC c. Seychelles*, § 67”.

¹⁴ “*Vivendi c. Argentina*, § 65. Criterio que es compartido por el comité del caso *CDC c. Seychelles*, en que se expresa: ‘As noted above, Article 52(1)(e) simply requires that the Tribunal have stated its reasons in such a fashion that the parties are able to follow the reasoning to its conclusion, not that it state any particular reasons or that the reasons be convincing to the Committee. Thus, even if this Committee were to disagree with the Tribunal's legal conclusions, Article 52(1)(e) does not allow annulment on that basis alone’, *CDC c. Seychelles*, § 75”.

¹⁵ “Ver casos *MINE c. Guinea*, § 5.09; *Fraport c. Filipinas*, § 272; *Pey Casado c. Chile*, § 86”.

necesario ser cuidadoso al momento de identificar una contradicción en un Laudo...”.¹⁶ (énfasis agregado).

8. **A mi criterio es notorio, y está demostrado por la comprobación empírica, que el límite que separa la actitud o función de revisar las decisiones de un laudo actuando como tribunal de alzada por no compartir los fundamentos del mismo, de la actitud de revisarlas a fin de determinar si el Tribunal incurrió en alguna de las causales de anulación previstas en el art. 52 (1) del Convenio CIADI, muchas veces en la práctica es muy difuso.**

Como se expresa en el “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI” de fecha 10 de agosto de 2012¹⁷: *“Si bien existe un acuerdo sobre los criterios generales aplicables al procedimiento de anulación, en ciertas ocasiones los comentaristas difieren en sus opiniones respecto de si un caso en particular fue decidido de manera correcta o no. La complejidad de la tarea asignada a los Comités ad hoc fue resumida de la siguiente manera por Broches: ‘...Las causales enumeradas en el Artículo 52(1) son las únicas en virtud de las cuales puede anularse un laudo. Sin embargo, la aplicación de dicho párrafo genera una gran responsabilidad para los comités ad hoc que deben resolver sobre solicitudes de anulación...’. ‘...los comités ad hoc podrán enfrentarse con la delicada tarea final de ponderar los reclamos conflictivos del carácter definitivo del laudo, por un lado, y de protección de las partes contra la injusticia procesal, por el otro, como se establece en los subpárrafos del Artículo 52 (1)...’”*¹⁸ (énfasis agregado).

Entiendo que asiste razón a los miembros del Comité en mayoría al sostener que *“mientras la decisión del Laudo sea ‘defendible’ no es posible dar lugar a la anulación”*, compartiendo en ese sentido el criterio de anulación definido por el Comité del caso *Fraport c. Filipinas* en cuanto a que no corresponde la anulación *“as long as the interpretation arrived at by the Tribunal is a ‘tenable’ one”*.

¹⁶ “Vivendi I, § 65”.

¹⁷ “Documento de antecedentes.....”, Capítulo VI, párr. 111, págs. 60/61.

¹⁸ Aron Broches, Consejero Jurídico General del Banco Mundial que presidía las Reuniones Consultivas Generales y las reuniones posteriores del Comité Legal en el año 1964, en ocasión en que se discutía el Proyecto Preliminar del Convenio CIADI.

Asimismo entiendo que les asiste razón al decir que hay que ser “particularmente cauteloso” en la tarea de determinar si las decisiones del laudo están suficientemente motivadas. También entiendo que les asiste razón al decir que “un criterio adecuado es el seguido por el comité en el caso MINE conforme al cual si el Laudo permite seguir su razonamiento desde el ‘Punto A’ hasta el ‘Punto B’ quiere decir que se encuentra suficientemente fundado, con independencia de la corrección material de esa fundamentación”. Y también al adoptar en similar sentido el criterio expuesto en el caso *Vivendi I* en cuanto a que no se configura la causal de falta de motivación “siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal”.

9. Sin embargo, no concuerdo con la postura de los miembros del Comité en mayoría de que “**más que dedicarse a la correcta formulación conceptual de esta diferencia**” (entre revisión como tribunal de apelaciones y anulación), el Comité “**procurará ‘aplicarla de manera rigurosa’ al momento de decidir sobre cada uno de los motivos de anulación invocados en contra del Laudo**”.

La formulación conceptual de la diferencia, por difícil que resulte dado el carácter difuso del límite que separa a ambas actitudes o funciones, es a mi juicio indispensable para luego tener una guía, o al menos ciertos parámetros fundamentales y básicos, para apreciar si el laudo incurrió en una causal de nulidad. Entiendo que no es concebible que pueda aplicarse de manera rigurosa la diferenciación entre revisar el laudo como tribunal de alzada y anularlo por incurrir en una o más de las causales previstas en el art. 52 del Convenio CIADI, sin previamente intentar realizar una formulación conceptual de los aspectos fundamentales de esa diferencia.

Así lo ha entendido el Comité en el caso *Soufraki c. EAU*, al decir: “*The first point which should be made here is that there will probably never be a case where there is a ‘total absence of reasons for the award’.* **The ad hoc Committee must therefore try to determine more precisely what the concept of ‘failure to state reasons’ encompasses.** *Perhaps the simplest form of an annulable failure to state reasons is that of a ‘total failure to state reasons for a particular point’, but even this might be a relatively rare*

occurrence. However, even short of a total failure, some defects in the statement of reasons could give rise to annulment...”¹⁹ (énfasis agregado).

Porque, de lo contrario, esa rigurosidad conlleva el riesgo de que, más que una actitud cautelosa, se incurra en una actitud excesivamente “*restrictiva*” que incline *a priori* la balanza –aun inconscientemente- en un sentido favorable a la licitud del laudo (o para decirlo en la terminología de Caron, a “*la legitimidad del proceso de decisión*” del Tribunal²⁰), que le lleve a convalidar cualquier argumento expresado en el mismo aun cuando pueda consistir en meras afirmaciones del tribunal carentes de fundamentación o motivación (cuando es muy claro que una cosa es realizar una afirmación y otra muy distinta es fundamentar o motivar esa afirmación), o que le lleve a convalidar una motivación que pueda ser meramente formal, insuficiente, incoherente o carente de razonabilidad, ante el temor de estar sobrepasando aquel difuso límite e introduciéndose en la consideración del mérito de la decisión del Tribunal.

En otras palabras, que le lleve a que el laudo no sea revisado “*bajo una interpretación que no sea restrictiva ni extensiva, pero sí limitada al alcance y función de la anulación*”, como el propio Comité en mayoría admite –acertadamente- que corresponde.²¹

Es importante tener en cuenta que, como se dijo en la Decisión del Comité en el caso *Klöckner I*, refiriéndose al art. 52.1 literal (e), “*The text of this Article requires a ‘statement’ of reasons ‘on which the award is based’.* **This does not mean just any reasons, purely formal or apparent, but rather reasons having some substance, allowing the reader to follow the arbitral tribunal's reasoning, on facts and on law**”²² (énfasis agregado).

¹⁹ Citado por Iberdrola en el Memorial de Demanda de Anulación, Capítulo 8, párr. 345, pág. 107: caso ARB/02/7 (**Anexo IBDJ-003**).

²⁰ Vé. *CDC Group plc c. República de las Seychelles*, Caso CIADI N° ARB/02/14, Decisión del Comité *ad hoc* sobre Solicitud de Anulación de la República de Seychelles, párr. 34 (29 de junio de 2005), citado en “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI”, de 10 de agosto de 2012, Cap. V, literal A, numeral 3, pág. 42.

²¹ Decisión del Comité en mayoría, numeral V, literal A, párr. 77.

²² *Klöckner I*, ¶¶ 119 (**Anexo IBDJ-0037**).

10. En similar sentido y por la misma razón, entiendo que también hay que ser muy cauteloso y cuidadoso a fin de que, en la interpretación que el Comité realice de los fundamentos expuestos en el Laudo, no termine realizando conjeturas sobre lo que quiso decir el Tribunal, ni llenando las lagunas existentes en el razonamiento del Tribunal por el suyo propio.

Criterios que entiendo que son aplicables también al momento de identificar una “*contradicción*” en el Laudo.

11. Por otra parte, entiendo que la postura del caso *Vivendi I* que adopta el Comité en mayoría, consistente en que la causal de anulación de falta de motivación no se configura “*siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal*”, que “*los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle*”, que “*debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones*” y que “*la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto*”, son exactas siempre y cuando se apliquen dentro de “parámetros de razonabilidad”, los cuales, según el criterio –que comparto– de muchos Comités *ad hoc* que veremos más adelante, no habilitan a concluir, como el Comité en Vivendi I (en el pasaje transcripto por la Decisión del Comité en mayoría), que “[E]l Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo”, y que “la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa” (énfasis agregado).

De lo contrario, estaríamos en la tesis extrema sustentada por Guatemala, que no puede compartirse, de que “*la causal de anulación del art. 52(1)(e) del Convenio CIADI sólo se aplica a laudos que no contengan ninguna motivación*”²³, que “*si hay una motivación, por mínima que sea, y aún implícita,...., el laudo no puede ser anulado*”²⁴, y que “*la tarea de este Comité se limita....a verificar que el razonamiento existe*”.²⁵

²³ Escrito Posterior a la Audiencia de Guatemala, capítulo IV, título A, párrs. 19 y 20, pág. 8.

²⁴ Id., capítulo IV, título A, párrs. 21 a 23, pág. 9.

²⁵ Id., capítulo IV, título B, párr. 29, pág. 11.

12. **A mi juicio, la posición correcta y más equilibrada, y que mejor contempla la sustancia de la importante función que cumple el procedimiento de anulación, es la sustentada por Iberdrola en su Escrito Posterior a la Audiencia.**

En el mismo, respondiendo a una de las preguntas formuladas por el Comité para ser respondidas en esa instancia (*¿Lo manifiesto del vicio se demuestra en el fallo, en la sentencia? ¿O es necesario o es posible que en un juicio de nulidad el Tribunal tenga que entrar a analizar otros antecedentes que no están en el fallo?*), sostiene que un Comité puede revisar las apreciaciones de hecho y las consideraciones de derecho de un Tribunal, aunque “sólo en la medida necesaria para determinar si concurre una de las causas de anulación del art. 52.1 del Convenio”; “en la medida necesaria para determinar si existe un fundamento de anulación del laudo” ²⁶ (énfasis agregado), citando en tal sentido los casos de jurisprudencia de los Comités *ad hoc* en *Vivendi II* ²⁷ y *RFCC c. Marruecos* ²⁸.

También comparto la opinión del Prof. Mayer ²⁹, citada por Iberdrola ³⁰, en el sentido de que una interpretación restringida del rol de los Comités *ad hoc* que no permitiera esa revisión imposibilitaría la tarea de control que tienen encomendada y vaciaría de contenido el mecanismo mismo de la anulación; así como que dar pleno efecto al art. 52.1 del Convenio CIADI exige que el Comité pueda llevar a cabo la “revisión necesaria” para poder determinar si existe una causal de anulación, por lo que no sería razonable excluir totalmente “cualquier posibilidad de revisión” (énfasis agregado).

²⁶ Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola, capítulo 4, párr. 17 y ss., págs. 5 y ss.

²⁷ *Vivendi II*, # 251 (**IBDJ-43**): “Asimismo, el Comité *ad hoc* ha escuchado argumentos respecto a si conclusiones incorrectas de hecho y de derecho pueden ser consideradas causales de anulación. El Comité *ad hoc* entiende que esto es posible, pero solo si se equiparan a los estándares exactos de anulación expresados en el Artículo 51(1). Lo mismo se aplica a los incidentes procesales”.

²⁸ *RFCC c. Marruecos*, #224-225 (**IBDJ-13**): “Du dernier bout de phrase de la citation précitée du Comité *ad hoc* dans l’affaire Mine, le Professeur Mayer infère à juste titre que même si le Comité *ad hoc* n’est pas une juridiction d’appel, il doit pouvoir dans certains cas porter un jugement sur les constatations de fait du Tribunal Arbitral, dans la mesure – mais uniquement dans la mesure – où en dépendent ses conclusions quant au bienfondé d’une cause particulière d’annulation”.

²⁹ Mayer, págs. 245-246 (**IBDJ-53**).

³⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola, capítulo 4, párr. 20, pág. 6.

En línea con lo anterior, dice Iberdrola que la revisión que el Comité puede llevar a cabo es una revisión limitada (i) porque sólo puede analizar aquellos hechos o consideraciones de derecho cuyo análisis sea “necesario” para determinar si existe el motivo de anulación en cuestión; (ii) queda excluida la presentación de nuevas pruebas; y (iii) respecto a su alcance, un Comité no puede hacer prevalecer su propio criterio para anular el laudo si el criterio del tribunal, aunque no lo comparta, era “razonable o plausible” (“tenabe”) ³¹ (énfasis agregado). Y culmina diciendo que no discute que, ante dos interpretaciones “igualmente admisibles” bajo un TBI, un Comité no puede imponer su opinión sobre la del Tribunal.

En el capítulo de su Escrito Posterior a la Audiencia referido a que “El Laudo adolece de faltas muy graves de motivación”, título referido a “El estándar de anulación” ³², Iberdrola dice que la interpretación del art. 52.1(e) discurre entre dos umbrales: (i) no puede implicar una apelación y por eso no se puede entrar en un “juicio de corrección” sobre la validez sustantiva de los argumentos empleados por el Tribunal; pero (ii) “tiene que asegurar la integralidad de la decisión y por eso se exige un ‘juicio de razonabilidad’ de la motivación ofrecida” (énfasis agregado).

En ese sentido, el Comité *ad hoc* en el caso *Sempra c. Argentina* definía así el papel de un Comité *ad hoc* con respecto a esta causa de anulación: “El hecho de que la ausencia total de motivos amerite una anulación es claro, pero dicha situación se da, en la práctica, con poca o ninguna frecuencia. Por el contrario, puede haber una ausencia (supuesta) de motivos por un aspecto particular del laudo o por motivos insuficientes, inadecuados o posiblemente contradictorios. Las dificultades surgen cuando se determina qué estándar debería aplicarse al decidir si un defecto de razonamiento debería dar lugar a una anulación. Mientras que los ‘argumentos frívolos, someros o absurdos de un tribunal’ pueden estar sujetos a anulación, no abundan casos tan evidentes. Los comités ad hoc se enfrentan con la tarea de trazar la importante distinción entre descubrir, por una parte, motivos que son ‘razonablemente’ comprensibles y consistentes, demostrando así, en general una línea de pensamiento ‘lógica’ y discernible, y, por otra, ‘circunstancias [en las que] el Laudo exhibe una

³¹ Id., párr. 21, pág. 6.

³² Id., cap. 7, título 7.1, párrs. 94 y ss., págs. 29 y ss.

‘omisión importante’, que impide al lector seguir el razonamiento en este aspecto’’³³
(énfasis agregado).

En similar sentido ha dicho el Comité en el caso *Soufraki c. UAE* que hay que verificar que las razones o motivos aducidos “... are ‘adequate’ and sufficient ‘reasonably’ to bring about the result reached by the Tribunal”³⁴ (énfasis agregado).

También en el caso *Klöckner I* ha dicho el Comité:

“119. ...*The question can be posed in the following terms: in order to rule out annulment under Article 52(1)(e), is it enough that there be ‘apparently relevant’ reasons, or is it necessary that there be ‘relevant’ reasons? In the first case, control by the Committee will be reduced; in the second, it will be broader.*

“120. *In the opinion of the Committee, one could hardly be satisfied simply by ‘apparently relevant’ reasons. This would deprive of any substance the control of legality Article 52 of the Convention is meant to provide. On the other hand, interpreting this provision as (indirectly) requiring ‘relevant reasons’ could make the annulment proceeding more like an appeal, and lead the Committee to substitute its own appreciation of the relevance of the reasons for that of the Tribunal. A middle and reasonable path is to be satisfied with reasons that are ‘sufficiently relevant,’ that is, ‘reasonably capable’ of justifying the result reached by the Tribunal. In other words, there would be a ‘failure to state reasons’ in the absence of a statement of reasons that are ‘sufficiently relevant’, that is, ‘reasonably sustainable and capable’ of providing a basis for the decision”*³⁵ (énfasis agregado).

Iberdrola también se refiere a la afirmación realizada por Guatemala en distintas instancias del procedimiento de anulación de que “la motivación puede ser implícita”, expresando que, si se retoma la cita utilizada por Guatemala³⁶ en su Alegato de Cierre

³³ *Sempra c. Argentina*, ¶ 167 (Anexo IBDJ-014).

³⁴ *Soufraki c. UAE*, ¶ 131 (Anexo IBDJ-003).

³⁵ *Klöckner I*, (Klöckner v. Republic of Cameroon), caso ARB/81/2, ¶¶ 119-120 (Anexo IBDJ-0037).

³⁶ Caso *Wena c, Egipto*, #81 (IBDJ-34).

de Audiencia ³⁷, “se puede observar que una motivación implícita ‘sólo’ es admisible si se deduce ‘razonablemente’ del contenido del laudo” (énfasis agregado).

Y también dice que “[Guatemala] olvida que el Comité, como ha señalado la jurisprudencia, no puede llenar las lagunas existentes en el Laudo sustituyendo el razonamiento del Tribunal por el suyo” ³⁸, citando diferentes casos jurisprudenciales en ese sentido. ³⁹

13. A mi juicio, la tesis de Iberdrola es en general compartible. Así entiendo que: (1) el Comité no puede llenar las lagunas existentes en el en el Laudo sustituyendo el razonamiento del Tribunal por el suyo propio; y (2) la necesidad de realizar un “juicio de razonabilidad” a fin determinar si la motivación contenida en un Laudo Arbitral es “lógica”, “adecuada” y “razonable o plausible” (“tenabe”) para justificar las conclusiones y decisiones del Tribunal.

Respecto del primer punto, es muy claro y compartible lo expuesto por el Comité del caso *Rumeli c. Kazajistán* ⁴⁰:

“83. The Parties further disagree over the power of the Committee to draw inferences in order to explain a decision, to state that certain reasons were implicit and to reconstruct reasons where the tribunal has not done so. In this Committee’s view, if reasons are not stated but are evident and a logical consequence of what is stated in an award, an ad hoc committee should be able to so hold. Conversely, if such reasons do not necessarily follow or flow from the award’s reasoning, an ad hoc committee should not construct reasons in order to justify the decision of the tribunal”.

³⁷ Alegato de Cierre de Audiencia, pág. 4; y transcripción de la Audiencia, 27 de febrero de 2014, pág. 339, líneas 18-22.

³⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola, cap. 7.1, párr. 98, pág. 30.

³⁹ *Klöckner I*, ¶¶ 118-120, 130 (IBDJ-37); *Amco I*, ¶¶ 520-521 (IBDJ-35); *Soufraki c. EAU*, ¶¶ 122-126 (IBDJ-03); *Rumeli c. Kazajistán*, ¶ 83 (IBDJ-06); *MTD c. Chile*, ¶ 51 (IBDJ-02); *Klöckner I*, ¶ 151 (IBDJ-37); y *Continental c. Argentina*, ¶ 101 (IBDJ -9).

⁴⁰ *Rumeli c. Kazajistán*, ¶ 83 (IBDJ-06).

Por su parte, la exigencia de apreciar la motivación de un Laudo mediante un “juicio de razonabilidad” tiene especial relevancia, pues es pacífica y universalmente admitido que el criterio de razonabilidad debe estar presente y presidir todas las decisiones que adopte cualquier órgano que tome decisiones de carácter jurisdiccional.

Nótese, además, que en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI se expresa en el capítulo VI, párrafo 40: “*Conforme al Convenio, el Tribunal de Arbitraje deberá aplicar las leyes que las partes acuerden. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará las leyes del Estado que sea parte en la diferencia..., así como las normas de derecho internacional que resulten aplicables. El término “derecho internacional”, cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia...”.* Y el citado artículo 38(1) establece que “*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados...; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...*” (énfasis agregado).

No puede haber ninguna duda que el *principio de razonabilidad* es, efectivamente, un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, por lo que es, en consecuencia, un *principio general del derecho internacional* que deben aplicar los Tribunales Arbitrales y los Comités *ad hoc* de Anulación en el ámbito del Convenio CIADI.

14. **Adicionalmente, entre esos principios generales de derecho de las naciones civilizadas están asimismo, sin duda alguna, los conceptos de *discrecionalidad* y de *arbitrariedad* y la *distinción entre ambos*, por lo que son *principios generales de derecho internacional* que también deben aplicar los Tribunales Arbitrales y los Comités *ad hoc* de Anulación en el ámbito del Convenio CIADI.**

Es sabido que la *discrecionalidad* implica libertad para elegir entre dos o más soluciones, todas ellas igualmente justas y válidas a la luz del Derecho, siendo en ejercicio de facultades discrecionales donde –precisamente- la exigencia de la motivación tiene mayor importancia. Porque si la discrecionalidad importa la libertad de elección entre dos o más soluciones igualmente justas y válidas, al haber escogido una, es deber ineludible de quien decide en ejercicio de esa discrecionalidad justificar suficientemente el porqué de tal elección y – paralelamente- el porqué de la eliminación de las otras soluciones.

En última instancia, la motivación es la materialización de la interdicción de la arbitrariedad. De donde se deduce que la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad cuando la decisión no está debida y suficientemente motivada.

Como bien dice W. Michael Reisman ⁴¹: *“Reasons are important to the legitimacy of the decision. The obligation to give a reasoned award is a guarantee that the Tribunal has not decided in an arbitrary manner”* (énfasis agregado).

Por todo ello, entiendo que también es preciso ser muy cauteloso al aplicar el criterio sustentado en el caso *Vivendi I*, acogido por la Decisión del Comité en mayoría (según vimos *supra* en el numeral 7), de que *“Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones”*, porque la pertinencia de la decisión discrecional debe apreciarse aplicando también el criterio rector de la *“razonabilidad”*.

15. Las precedentes consideraciones están, a mi juicio, totalmente en línea con lo que se expone en el “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI” de 10/08/2012.

Como se explica en el mismo, las causales de anulación contempladas en el Convenio CIADI derivan del Proyecto de Convención sobre Procedimiento Arbitral de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (el “Proyecto de la CDI”),

⁴¹ Reisman, W. Michael, Reflections on the Control Mechanism of the ICSID System, The Review of International Arbitral Awards, IAI Series N° 6 (E. Gaillard ed., 2010), pág. 232 (**Anexo IBDJ-050**).

que fue una iniciativa para codificar el derecho internacional existente sobre procedimientos de arbitraje entre Estados.

La CDI reconoció que el carácter definitivo de los laudos constituye una característica fundamental en la práctica del arbitraje, pero también reconoció que había una necesidad de *“recursos excepcionales encaminados a reforzar el carácter judicial del laudo, así como la voluntad de las partes como fuente de la jurisdicción del tribunal”*. Por ello *“intentó reconciliar el carácter definitivo del laudo con la necesidad de prevenir casos flagrantes de exceso de competencia e injusticia”*, a cuyos efectos decidió que la validez de los laudos podría impugnarse *“dentro de límites fijados rígidamente”* ⁴²(énfasis agregado).

Las disposiciones del Proyecto de la CDI incluían entre las causales de impugnación la *“violación grave de una regla fundamental de procedimiento, inclusive el hecho de que la sentencia no exprese los motivos en que se funda”*. En última instancia, el Proyecto de la CDI no intentó definir qué conducta cubriría cada causal, excepto por la referencia expresa a “no expresar los motivos en que se funda” como “ejemplo de infracción grave de una regla de procedimiento”. ⁴³

Ya en el Primer Proyecto de Convenio CIADI de septiembre de 1964 se separó la causal de “apartamiento grave de una norma procesal fundamental”, de la causal de que “no se hicieron constar los fundamentos del laudo”, aunque agregando a ésta: *“a no ser que las partes hubieran acordado que no era necesario hacerlo”*. Es decir que la última causal de que no se hicieran constar los motivos del laudo se convirtió en una causal independiente, pero estaba sujeta al acuerdo de las partes respecto de que el laudo debiera ser motivado. ⁴⁴

Finalmente, después de las reuniones del Comité Legal, se elaboró un Proyecto Revisado del Convenio en diciembre de 1964, donde la causal de anulación por falta de expresión en el laudo de los motivos en que se funda ya no contenía la frase *“a no ser que las partes hubieran acordado que no era necesario hacerlo”*. Sin perjuicio de otros

⁴² “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI” de 10/08/2012, “El origen de la disposición sobre anulación”, párrs. 12 y ss., págs. 6 y ss.

⁴³ “Documento de antecedentes”, cit., párr. 14, pág. 7.

⁴⁴ “Documento de antecedentes”, cit., párrs. 22 y ss., págs. 10 y ss.

cambios a las disposiciones del Proyecto Revisado, el art. 52 se mantuvo intacto (siendo la mencionada la única modificación significativa desde el Primer Proyecto). El Proyecto Revisado fue sometido a la consideración de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial y, así, se convirtió en el texto del Convenio del CIADI.⁴⁵

En definitiva, la historia o proceso de creación del Convenio CIADI demuestra la importancia fundamental que tiene como causal de anulación la no expresión clara por parte del Laudo Arbitral de los motivos en que se fundan las decisiones adoptadas por el mismo. Al punto que se eliminó la posibilidad de que las partes acordaran que la motivación del laudo no es necesaria, y de que existe un claro vínculo entre la disposición del Convenio que requiere que el Tribunal exprese los motivos del laudo (art. 48.3) y la causal que dispone la anulación cuando se ha omitido expresar los motivos en los que se funda el laudo (art. 52.1 - e).⁴⁶

Por otra parte, la necesidad de la debida motivación de las decisiones del Tribunal también está comprendida expresamente en la enumeración de los contenidos que debe tener un Laudo Arbitral explicitados en la Regla 47 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, cuyo num. (1) literal (i) incluye *“La decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión”*.

16. La aplicación de esta causal de anulación por los Comités *ad hoc* también destaca la importancia de la misma.

En efecto, como se explica en el mencionado “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI” de 10/08/2012, *“si la omisión por parte de un Tribunal de tratar una pretensión específica que fue presentada ante éste, pudo haber afectado a la decisión final de dicho Tribunal, esto podría, en opinión de algunos Comités ad hoc, traducirse en la falta de expresión de motivos y podría justificar una anulación”*, sin perjuicio de que los Comités *ad hoc* también han notado que *“dicha decisión podría implicar un quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento”*⁴⁷ (énfasis agregado).

⁴⁵ “Documento de antecedentes ...”, cit., párrs. 30 a 32, pág. 13.

⁴⁶ “Documento de antecedentes ...”, cit., párr. 103, pág. 58.

⁴⁷ “Documento de antecedentes ...”, cit., párr. 105, pág. 59.

También cabe señalar que los Comités *ad hoc* han explicado que “el requisito de expresar los motivos tiene el objetivo de asegurar que las partes puedan comprender el razonamiento del Tribunal, es decir, que el lector pueda comprender los hechos y el derecho aplicado por el Tribunal para llegar a su conclusión”. Y También corresponde destacar que “algunos Comités *ad hoc* han sugerido que motivos ‘insuficientes’ o ‘inadecuados’ pueden llevar a una anulación”, así como que “la mayoría de los Comités *ad hoc* han concluido que los motivos ‘frívolos’ y ‘contradictorios’ equivalen a no expresar motivo alguno y pueden justificar una anulación”⁴⁸ (énfasis agregado).

Entre otras, pueden citarse al respecto las decisiones de los Comités *ad hoc* en el caso *Sempra c. Argentina*⁴⁹, en el caso *Pey Casado c. Chile*⁵⁰, en el caso *Mine c. Guinea*⁵¹, en el caso *Klöckner c. UAE*⁵², en el caso *Soufraki c. UAE*⁵³ y en el caso *Fraport c. Filipinas*.⁵⁴

El Comité en el caso *Soufraki c. EAU* ha sido particularmente explícito y claro al decir:

“ 122. The first point which should be made here is that there will probably never be a case where there is a ‘total absence of reasons for the award’. The ad hoc Committee must therefore try to determine more precisely what the concept of ‘failure to state reasons’ encompasses. Perhaps the simplest form of an annulable failure to state reasons is that of a ‘total failure to state reasons for a particular point’, but even this might be a relatively rare occurrence. However, even short of a total failure, some defects in the statement of reasons could give rise to annulment. The ad hoc Committee considers that ‘insufficient’ or ‘inadequate’ reasons as well as ‘contradictory’ reasons can spur an annulment.

“123. ‘Insufficient or inadequate reasons’ refer to reasons that cannot, in themselves, be a ‘reasonable’ basis for the solution arrived at. Ad hoc committees have expressed this in different ways. In Klöckner I and Amco I, the ad hoc committees said that the

⁴⁸ “Documento de antecedentes ...”, cit., párrs. 106 a 108, págs. 59 y 60.

⁴⁹ Citado por Iberdrola en el Memorial de Demanda de Anulación, Capítulo 8, párrr. 340, pág. 106 (Anexo IBDJ-014).

⁵⁰ Id. párr. 342, pág. 106 (Anexo IBDJ-032).

⁵¹ Id. párr. 343, pág. 107 (Anexo IBDJ-021).

⁵² Id. párr. 345, pág. 107 (Anexo IBDJ-037).

⁵³ Id. párr. 345, pág. 107 (Anexo IBDJ-003).

⁵⁴ Id. párr. 346, págs. 107/108 (Anexo IBDJ-023).

reasons to have be ‘sufficiently relevant’⁵⁵ or ‘sufficiently pertinent’.⁵⁶ In Wena,⁵⁷ the committee required that the reasons given by a tribunal must constitute a chain linking the facts and the law of the case to the conclusion. Insufficient or inadequate reasons as a ground for annulment have thus to be distinguished from wrong or unconvincing reasons...”.

“125. ‘Contradictory reasons’ may also be considered as amounting to a failure to state reasons, following the analysis of the annulment committee in Klöckner I: As for ‘contradiction of reasons’, it is in principle appropriate to bring this notion under the category of ‘failure to state reasons’ for the very simple reasons that two genuinely contradictory reasons cancel each other out. Hence the failure to state reasons. The arbitrator’s obligation to state reasons which are not contradictory must therefore be accepted.⁵⁸ The ad hoc committee in MINE approved this reasoning when it stated that ‘the minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons’”.⁵⁹

“126. In quick summary, the ad hoc Committee considers that there may be a ground for annulment in the case of:

- a total absence of reasons for the award, including the giving of merely frivolous reasons;
- a total failure to state reasons for a particular point, which is material for the solution;
- contradictory reasons; and
- insufficient or inadequate reasons, which are insufficient to bring about the solution or inadequate to explain the result arrived at by the Tribunal”.

⁵⁵ “Klöckner I, pp. 138-139: “There would be a ‘failure to state reasons’ in the absence of a statement of reasons that are ‘sufficiently relevant’, that is, reasonably sustainable and capable of providing a basis for the decision. The criteria ‘reasonably sustainable’ seems to go to the merits and has indeed been criticized for that, while the criteria ‘capable of providing a basis for the decision’ is acceptable”.

⁵⁶ “Amco I, para. 43: “This ad hoc Committee finds the above reading of the Klöckner I ad hoc Committee convincing ... Stated a little differently, there must be a reasonable connection between the bases invoked by a tribunal and the conclusions reached by it. The phrase ‘sufficiently pertinent reasons’ appears to this ad hoc Committee to be a simple and useful clarification of the term ‘reasons’ used in the Convention”.

⁵⁷ “Wena, para. 79”.

⁵⁸ “Klöckner I, para. 116. Emphasis added”.

⁵⁹ “MINE, para. 5.09:58”.

*“127. In appraising the sufficiency or adequacy of the reasons set out by a tribunal in its award, an ad hoc committee needs to maintain a balance between certain considerations. A relevant consideration is that the requirement of stating reasons in an award, and indeed the whole annulment procedure in ICSID, was not designed to drive arbitrators to reach for juridical perfection in the crafting of their awards. The limitation of recourse to the annulment mechanism to the few grounds listed in Article 52(1) serves to reinforce the finality and stability of ICSID awards, itself an important policy consideration in the absence of a standing appeals institution comparable to the Appellate Body of the World Trade Organization. Another, sometimes competing, consideration is that the requirement of stating reasons may, as a practical matter, frequently be the only way by which compliance with the fundamental prohibition of manifest excess of power and with the critical duty to apply the proper law may be observed. **The more lucid and explicit the reasons set out by a tribunal, the easier it should be to observe what a tribunal is in fact doing by way of compliance**”. (énfasis agregado).*

Más aun, también se ha concluido –a nuestro juicio resumiendo en pocas pero precisas palabras la filosofía de esta causal de anulación prevista en el Convenio CIADI- que no sólo corresponde examinar si el Tribunal expresó su razonamiento sino también si este razonamiento “**resulta coherente**”. Así se ha dicho que “*El artículo 52 (1) (del Convenio CIADI) no se interesa al fondo de la controversia subyacente como tal, sino que mira a la integridad fundamental del tribunal, a si se respetan en gran medida las garantías procesales básicas, a si el Tribunal excedió los límites del consentimiento de las partes, y a si el Tribunal expresó su razonamiento y éste resulta coherente. Según la terminología de Caron, la anulación se ocupa de la ‘legitimidad del proceso de decisión’ en lugar de la ‘propiedad sustantiva de la decisión’*”⁶⁰ (énfasis agregado).

También se ha dicho, en el mismo sentido, que “*...las cuestiones sometidas a este Comité se circunscriben a los términos del Artículo 52 (1) del Convenio del CIADI y se relacionan con el propio Tribunal: sus facultades; su proceso; y el razonamiento de su*

⁶⁰ *CDC Group plc c. República de las Seychelles*, Caso CIADI N° ARB/02/14, Decisión del Comité *ad hoc* sobre Solicitud de Anulación de la República e Seychelles, párr. 34 (29 de junio de 2005), citado en “Documento de antecedentes.....”, cit., Cap. V, literal A, numeral 3, pág. 42.

Laudo”.⁶¹ Y se ha dicho asimismo que no son válidos los “*razonamientos incompletos*” y “*oscuros*” o que “*fuercen los conceptos*”⁶² (énfasis agregado).

17. **Estas consideraciones no hacen otra cosa que reproducir, a nivel de los laudos arbitrales, lo que a nivel de las sentencias judiciales es un principio indiscutible: la importancia fundamental que tiene una debida y suficiente motivación de los fallos, para que resulten claros los fundamentos de los mismos en garantía de los derechos de las partes del proceso, en salvaguarda de la transparencia de la actuación del tribunal y de la necesidad de prevenir casos flagrantes de injusticia por incurrir éste en exceso de sus facultades, y en salvaguarda misma de la seguridad jurídica.**

La exigencia de la debida y suficiente motivación implica la necesidad de que la sentencia explicita claramente las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión adoptada, con una relación concreta y directa de los hechos y del derecho aplicable al caso específico sujeto a la decisión del tribunal. No son admisibles fórmulas genéricas de fundamentación -por extensas que estas puedan ser-, las fundamentaciones meramente formales carentes de sustancia que no explican el porqué de las afirmaciones realizadas, ni las fórmulas “*passe-partout*” o comodines que valen para cualquier supuesto y nada o muy poco explican o justifican la decisión del tribunal en el caso concreto planteado para su decisión.

Ello implica, además, que si los fundamentos de hecho o de derecho invocados por las partes no son de recibo para el tribunal, éste debe expresar en la sentencia (o en su caso en el laudo arbitral) los motivos por los cuales discrepa con ellos y no rechazarlos con afirmaciones de carácter genérico y no debidamente motivadas.

Como lo ha dicho claramente el Comité en el caso *Rumeli c. Kazajistán*⁶³

⁶¹ *Helnan Internatonal Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/19, Decisión del Comité *ad hoc*, párr. 20, (14 de junio de 2010), citado en “Documento de antecedentes.....”, cit., Cap. V, literal A, numeral 3, pág. 44.

⁶² *Patrick Michell v. The Democratic Republic of Congo*, Caso CIADI N° arb/99/7 (Procedimiento de Anulación), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, 1 de noviembre de 2006 (“*Mitchell c. Congo*”) ¶ 46 (Anexo IBDJ-033 de Iberdrola).

⁶³ *Rumeli c. Kazajistán*, ¶ 84 (IBDJ-06).

“84. In relation to the arguments raised by the Applicant on Annulment concerning the Tribunal’s failure to address certain of its arguments, it is the position of this Committee that it is not necessary for a tribunal explicitly to deal with all the arguments raised by the parties. It is important for a tribunal to summarize the parties’ positions accurately and comprehensively and thereby take into account and consider all of the arguments raised by the parties. If the arguments of the parties have been correctly summarized and all the claims have been addressed, there is no need explicitly to address each and every one of the arguments raised in support of the particular claims, and it is in the discretion of the tribunal not to do so”.

18. **En síntesis, no es suficiente con fundamentar las decisiones del laudo realizando meras afirmaciones sin motivación, ni cumplir formalmente con expresar determinados motivos, sino que es indispensable cumplir cabalmente con el requisito de la motivación, de modo que ésta tenga sustancia y se pueda entender o inferir razonablemente el proceso lógico y jurídico del razonamiento del tribunal y, además, que éste sea coherente.**

Y en lo referente a los argumentos expresados por la parte Demandante, no es necesario que el tribunal se ocupe de considerar expresamente todos ellos siempre y cuando en la sentencia o laudo se resuman las posiciones de las partes adecuada y suficientemente, de modo tal que resulte que se toman en cuenta y se consideran todos los argumentos expresados por las partes, o por lo menos sus argumentos fundamentales.

Estos principios resultan claramente aplicables a los tribunales arbitrales constituidos en la órbita del CIADI, que cumplen similar función que las sentencias o fallos judiciales en los casos que las partes deciden que sus diferencias sean resueltas por un tribunal arbitral en sustitución de los tribunales judiciales.

Es importante tener en cuenta al respecto que, como vimos más arriba al reseñar la historia o proceso de creación del Convenio CIADI, la CDI –que reconoció que el carácter definitivo de los laudos constituye una característica fundamental en la práctica del arbitraje- también reconoció que había una necesidad de *“recursos excepcionales encaminados a reforzar el carácter judicial del laudo, así como la voluntad de las partes como fuente de la jurisdicción del tribunal”*. Y por ello *“intentó reconciliar el carácter definitivo del laudo con la necesidad de prevenir casos flagrantes de exceso de*

competencia e injusticia”, que se concretó en el procedimiento de anulación por las causales previstas en el art. 52 del Convenio, entre las cuales la falta de una debida y suficiente motivación ocupa un lugar preponderante.

19. **El tema de la naturaleza y contenido de la sentencia y su vinculación con la Ley (y obviamente con la Constitución) es muy estudiado a nivel de Teoría General del Derecho.**

Resulta muy ilustrativa la evolución del pensamiento jurídico en la materia que realiza Couture ⁶⁴, partiendo del derecho griego basado en el pensamiento de filosofía jurídica de Aristóteles ⁶⁵, pasando por el derecho germánico primitivo, el derecho romano y los “writs” del derecho inglés, hasta llegar al siglo XVIII.

Enseña Couture que cuando la concepción romana del fallo llega al siglo XVIII, el carácter meramente declarativo del mismo ha adquirido ya su máxima importancia, idea que habría de adquirir su significación sistemática en las tantas veces evocada idea de Montesquieu que caracteriza al juez como “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”. Esta noción del magistrado, sin otra voz que aquella de la ley, forma parte de toda una concepción política del Derecho que, por diversos conductos, se ha proyectado hasta nuestros días.

Pero esta concepción meramente declarativa del fallo recibió un fuerte ataque con la idea kelseniana que mira a la sentencia como una norma dentro del sistema, creativa de un derecho nuevo por obra del magistrado, que se volvió contra toda la tradición romana. “*La función de la llamada jurisdicción –dice Kelsen- es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. La sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual*”. ⁶⁶

⁶⁴ Couture, Eduardo J., “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Ed. Depalma, tercera edición, Bs. Aires 1989, Capítulo IV – “Sentencia y jurisdicción”, págs. 69 y ss.

⁶⁵ “Moral, a Dicomemo”, libro V, cap. IV.

⁶⁶ Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho”, págs. 114 y 115.

Estos dos conceptos, el de que la sentencia sea intrínsecamente “*constitutiva*” y el de que sea “*norma*”, se oponen a una visión del derecho sostenida a lo largo de muchísimos siglos.

Los reproches dirigidos a esta concepción condujeron a que Cossio, uno de los más brillantes discípulos de Kelsen, formulara un nexo entre las diferentes normas de la pirámide jurídica kelseniana y los contenidos dogmáticos de las mismas con el fin de reunir en una misma visión norma y valor, estructura y contenido del derecho, en un momento en que se proclamaba la necesidad de una conciliación de ambos extremos y se reprochaba a la teoría pura de ser un continente sin contenido y al idealismo de ser un contenido sin continente.

Con relación a la sentencia, el significado de esa visión fue muy considerable y vino a establecer, en términos concluyentes, la relación entre el fallo y la Ley (y obviamente la Constitución). “*La sentencia corresponde formalmente –dice Couture- a una estructura legal, y la determinación de esa estructura legal constituye un acto de valoración jurídica... Es natural que esa valoración jurídica se halla siempre iluminada por un propósito de justicia, es decir constituye un acto de valoración. El juez aplica la ley aplicable, pero el saber cuál es la ley aplicable configura un acto de selección entre las diversas normas eventualmente aplicables. Además, la apreciación de la prueba es una operación de orden crítico que supone una actitud de valoración jurídica, que también queda librada al magistrado*”.⁶⁷

La concepción puramente declarativa de la sentencia es, pues, un exceso de lógica, un exceso de abstracción, por cuanto los términos del “*silogismo jurídico*” o “*silogismo judicial*” de la sentencia, tantas veces evocado por la doctrina siguiendo un trabajo señero de Calamandrei⁶⁸, pocas veces se dan enteramente en la realidad.

⁶⁷ Couture, Eduardo J., op. cit., pág. 71.

⁶⁸ Calamandrei, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en “Estudios sobre el proceso civil”, traducción al español, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. Aires 1945, págs. 408 y ss. (publicado inicialmente en “Rivista crítica di scienze sociale” – Firenze, y reproducido en “Studi sul proceso civile”, vol. I, Cedam, Padova 1930).

El mismo Calamandrei, en un estudio posterior separado por casi cuarenta años del anterior, así lo reconoció.⁶⁹

20. Pero como aclara de modo certero Couture: *“El texto dispositivo de la sentencia debe ser fiel al texto dispositivo de la ley y el texto dispositivo de la ley debe ser fiel al texto dispositivo de la Constitución..... La justicia (en sentido valorativo) del juez debe coincidir con la justicia del legislador y la de éste con la del constituyente”*.⁷⁰

A modo de conclusión, entiendo que resulta claro, siguiendo a estos maestros y en palabras de Couture, que: *“La sentencia es, sin duda, una emanación directa de la ley y del sistema general de las normas que imponen fallar según el derecho preestablecido. El juez del derecho libre no sólo representa una ‘contradictio in adiecto’ con la esencia misma del derecho, sino que es la amarga negación de un proceso histórico por el que se han hecho tantas revoluciones. Pero el juez, simple instrumento de expresión de la ley, el juez que habla en nombre del Parlamento, el signo matemático, no existen en la realidad de la vida.....”*

“La sentencia no es, pues, la ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo con las previsiones de la ley. El juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley y se lance con su programa legislativo propio..... Pero ese proceso no es la aplicación matemática de un precepto, sino el desenvolvimiento de un pensamiento normativo del legislador,

⁶⁹ Calamandrei, Piero, “Justicia y política: sentencia y sentimiento”, en “Proceso y Democracia”, traducción al español, Bs. Aires 1960. Se preguntaba el autor: *“¿Pero todo esto es verdad o ilusión? ¿Es propiamente verdad que el juez se limita a declarar lo que ya existe, tal como si fuera una historia de la realidad jurídica, sin concurrir con la voluntad estimulada por su sentimiento, a la creación de esta realidad?”*. Y seguidamente afirmaba: *“También yo, en un ensayo juvenil, he presentado la sentencia como una progresión de silogismos en cadena, pero con posterioridad la experiencia del patrocinio forense me ha demostrado, no que esa representación sea equivocada, pero sí que es incompleta y unilateral, porque aquel que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto”*.

⁷⁰ Couture, Eduardo J., op., cit., págs. 71 y 72.

aplicable al caso concreto, mediante la valoración específica de sus circunstancias” ⁷¹
(énfasis agregado).

21. **Estas características del papel que cumplen los jueces al dictar sentencias, que naturalmente son plenamente aplicables a los laudos o decisiones de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del Convenio CIADI (cuya ley, según lo dispuesto en su art. 42.1, es la acordada por las Partes y, a falta de acuerdo, la legislación del Estado que sea parte en la diferencia y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables), ponen de manifiesto la absoluta necesidad de la debida y suficiente motivación de los fallos (y de los laudos o decisiones arbitrales).**

Como ha señalado Calamandrei con toda justeza, la motivación de la sentencia constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional, y en base a esto es que todos los Códigos Procesales, Civiles y Penales (en los países de la *civil law*) la sancionan como un requisito esencial.

El juez –enseña también Calamandrei- no se conforma con ordenar, no se limita ya al *sic volo, sic iubeo*, pronunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable, y al mismo tiempo que manda, le explica la racionalidad del mandato.

También ha enseñado Guasp ⁷² refiriéndose a los requisitos que la teoría general de las sentencias exige, que en cuanto al objeto de las mismas es inevitable, para que aparezcan como causadas o justificadas, la existencia de un nexo o referencia entre ellas y las pretensiones procesales de las partes, requisito este que constituye un vínculo auténtico y fundamental de la sentencia misma, que lleva en el derecho positivo español el nombre –muy apropiado a su criterio- de “*congruencia*”, en virtud del cual no se admite que el fallo contenga más de lo pedido por las partes (en cuyo caso incurriría en “*incongruencia positiva*”) ni menos de lo pedido por las partes (en cuyo caso incurriría en “*incongruencia negativa*”). Fácil resulta advertir la vinculación de este requisito con

⁷¹ Couture, Eduardo J., op. cit., págs. 79 y 80.

⁷² Guasp, Jaime, “Derecho Pocesal Civil”, segunda edic. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1961, págs. 532 y ss.

la causal de anulación por “extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades” prevista en el art. 52(1), literal (b) del Convenio CIADI.

Fuera de esta disquisición, y específicamente con relación al requisito de la “motivación” de las sentencias, dice Guasp que, como su nombre indica, su propósito es “dar a conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el órgano jurisdiccional y, cuya conclusión es el fallo que se pronuncia; lo que tiene la ventaja esencial de satisfacer del modo más completo las aspiraciones de justicia de las partes, a quienes, en todo caso, bien se estimen o bien se desestimen sus pretensiones, se les dan las razones en que se basa el criterio adoptado estimulándose así la preocupación del juez por el fundamento intrínseco de su fallo y permitiendo una evolución consciente de la interpretación jurisprudencial...” (énfasis agregado).

Y agrega Guasp: “Comprende esta parte de la sentencia la invocación tanto de los motivos de hecho como de los de derecho. Entre los motivos de hecho se encuentran las pretensiones de las partes y los hechos en que las fundan..... Y entre los motivos de derecho se encuentran , no ya (solamente) los fundamentos de derecho aducidos por las partes, sino, sobre todo, las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo, con cita de las leyes y doctrina que se consideren aplicables” (énfasis agregado).

22. Muy apropiados resultan también los conceptos desarrollados más recientemente por Taruffo en su importante obra “La motivación de la sentencia civil”, editada en italiano en el año 1975 y traducida al español en el año 2011.⁷³ En dicha obra el autor realiza un profundo análisis de la motivación como un fenómeno complejo que involucra muchos aspectos del razonamiento del juez, tanto en los hechos como en el derecho, y de la estructura de la decisión judicial. Y en el prólogo de la nueva edición española de 2011, asumiendo los desarrollos importantes habidos desde la primera edición, recapitula aquellos aspectos que justifican su plena actualidad a la luz de los trabajos más recientes sobre la materia, en particular en la Filosofía y la Teoría General del Derecho.

⁷³ Taruffo, Michelle, “La motivación de la sentencia civil”, Editorial Trotta, Madrid 2011.

Cabe destacar, además de la ratificación de que el carácter silogístico que antes se atribuía a la sentencia era una simplificación excesiva que no reflejaba la verdadera actuación del juez ⁷⁴, la distinción fundamental que realiza entre el “razonamiento decisorio” y el “razonamiento justificativo”. ⁷⁵ Partiendo de la obra de Wasserstrom ⁷⁶ en el cual el autor distinguía la decisión de la justificación haciendo referencia a la distinción notoria entre los epistemólogos entre “*context of discovery*” y “*context of justification*”, Taruffo demuestra que una cosa es el procedimiento a través del cual el juez llega a formular la decisión final (mediante una concatenación de elecciones, de hipótesis constatadas como falsas o bien confirmadas, de mutaciones que intervienen en el curso del proceso, de elaboraciones y valoraciones que desembocan en la decisión final), y otra cosa es el razonamiento con el cual el juez, luego de haber formulado la decisión final, organiza un razonamiento justificativo en el cual expone las “buenas razones” en función de las cuales su decisión debería ser aceptada como válida y compatible.

Nos ilustra Taruffo sobre algo que se confirma en la comprobación empírica, consistente en que el equivalente judicial del “context of discovery” tiene características estructurales propias: se articula en el tiempo, implica la síntesis de diversos factores, procede a través de abducciones y de “*trial and error*”, recorre caminos que luego son abandonados, incluye la influencia de factores psicológicos e ideológicos, implica juicios de valor, y puede incluso comprender la participación de varias personas como ocurre cuando la decisión es tomada por un colegio de jueces.

Por su parte, el equivalente judicial del “context of justification”, es decir, “la motivación de la sentencia”, tiene características diversas: se presenta cuando la fase decisoria ya se agotó y la decisión final ya ha sido formulada; puede ser obra de personas distintas a las que han formulado la decisión y –normalmente- de una sola de las mismas; no tiene la finalidad de formular elecciones, sino de mostrar que las elecciones que se realizaron eran “buenas”; tiene una estructura argumentativa y no huerística; tiene una función justificativa; es un “discurso” –y, por lo tanto, una entidad

⁷⁴ Op. cit., Prólogo, pág. 10.

⁷⁵ Op. cit., Prólogo, págs. 14 y ss.

⁷⁶ Wasserstrom, Richard A., “The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification”, Stanford, 1961.

lingüística- y no un *iter* psicológico; se funda en argumentos con valencia tendencialmente intersubjetiva; está estructurada lógicamente; puede incluir inferencias deductivas e inductivas, pero no de abducción, y así sucesivamente.

Luego de aclarar que el hecho de que el razonamiento decisorio y el razonamiento justificativo constituyen fases diversas del razonamiento del juez no significa afirmar que ambos sean diversos en todos sus aspectos, concluye –a mi juicio con una contundencia irrefutable- que **“la única parte del razonamiento del juez que se puede analizar concretamente es la motivación de la sentencia”**, en tanto los mecanismos psicológicos que han tenido lugar en la mente del juez no le interesan a nadie (y en el caso de las sentencias colegiadas el que escribe la motivación no tiene la posibilidad de describir ni conocer los procedimientos mentales de todos los que participaron en la deliberación). **“Lo que se le exige al juez –concluye el autor- es exponer los argumentos en función de los cuales el observador externo (las partes, los abogados, los otros jueces, la opinión pública) puede considerar que esa decisión está fundada tanto lógicamente como jurídicamente”** ⁷⁷ (énfasis agregado).

Finalmente concluye Taruffo -a mi juicio con certera precisión- que **“una decisión puede estar mal justificada, o estar privada de motivación, con independencia del modo mediante el cual fue formulada por el juez y, por lo tanto, también aun cuando el juez haya llegado a la decisión gracias a un razonamiento racionalmente fundado”**, pero **“si este razonamiento no está expresado en la motivación, nadie sabrá nada de él y la sentencia que no esté motivada, o que lo esté de mala manera, carecerá en todo caso de una justificación apreciable”** ⁷⁸ (énfasis agregado).

23. En estos conceptos está basada, en definitiva, la aserción realizada *supra* en el numeral 13, de que **“el Comité no puede llenar las lagunas existentes en el razonamiento del Tribunal por el suyo propio”**, a cuyo respecto ha dicho –como se vio- el Comité *ad hoc* del caso *Rumeli c. Kasajistán* ⁷⁹:

⁷⁷ Taruffo, Michelle, “La motivación...”, Prólogo, cit., págs. 16/17.

⁷⁸ Op. cit., Prólogo, págs.17/18.

⁷⁹ *Rumeli c. Kazajistán*, ¶ 83 (IBDJ-06).

“83. The Parties further disagree over the power of the Committee to draw inferences in order to explain a decision, to state that certain reasons were implicit and to reconstruct reasons where the tribunal has not done so. In this Committee’s view, if reasons are not stated but are evident and a logical consequence of what is stated in an award, an ad hoc committee should be able to so hold. Conversely, if such reasons do not necessarily follow or flow from the award’s reasoning, an ad hoc committee should not construct reasons in order to justify the decision of the tribunal”.

24. Otro tema de suma importancia que expone Taruffo es la evolución histórica de la obligación -o en su caso de la práctica o costumbre- de motivar las sentencias. Sintetizando lo que expone en el extenso capítulo VI referido a “La obligación de motivación de la sentencia civil”, así como en el prólogo de la nueva edición en español del año 2011, es con la filosofía iluminista del siglo XVIII, y con las reformas revolucionarias que dieron origen a la concepción moderna del Estado, cuando la garantía fundamental de la obligatoriedad de motivar se convirtió en una regla general.⁸⁰

Es así que en casi todos los códigos procesales de *civil law*, a partir del siglo XIX, contenían ya la obligación de motivar la sentencia civil. Y concluye que *“parece evidente que existe una conexión directa entre la obligación de motivar y el carácter democrático del sistema político y del sistema jurisdiccional”*.⁸¹

No obstante, agrega Tartuffo, *“ello crea un problema que no puede descuidarse y que tiene que ver, en particular, con aquellos ordenamientos –especialmente de la common law- en los cuales no existe una verdadera y propia obligación de motivar la sentencia. El problema es menos relevante en Inglaterra, donde los jueces no tienen ninguna obligación de motivar, pero donde tradicionalmente justifican sus decisiones, de manera muy frecuente, con motivaciones amplias y elegantes. El mismo problema es, por el contrario, mucho más relevante en los Estados Unidos, donde la garantía procesal del ‘due process of law’ no incluye –según la opinión generalmente aceptada- la obligación del juez de motivar la sentencia, y donde regularmente las sentencias de primer grado no están motivadas, así como jamás lo están los veredictos de los jurados,*

⁸⁰ Op. cit., Prólogo, págs. 18 y ss.

⁸¹ Op. cit., Prólogo, págs. 21 y ss.

a diferencia de lo que ocurre en las cortes de apelación y en las cortes supremas estatales y federales donde sus sentencias son normalmente motivadas” (lo cual explica porque las cortes estadounidenses de segunda y de última instancia deciden esencialmente cuestiones de derecho y, por tanto, la motivación de las sentencias está encaminada a lo que podría llamarse “*gobierno del precedente*”, es decir, a la enunciación de las razones jurídicas que confirman el precedente, resuelven conflictos entre precedentes de las cortes inferiores, o bien fijan un nuevo precedente).

Adicionalmente, como explica más adelante ⁸², la característica constante de la ausencia de la obligación de motivar las sentencias en los países de la *common law* se ha acompañado mediante una práctica no menos constante en el sentido de acompañar la decisión con las razones correspondientes, y la existencia de esta práctica, que se consolidó progresivamente en un amplio marco de tiempo, sirve para explicar que ni el legislador ni la jurisprudencia hayan tenido la necesidad de formular una regla expresa sobre el particular.

En Inglaterra, la existencia de decisiones motivadas está documentada desde el siglo XII, a partir de los *Rolls* en los que se verbalizaban los procedimientos judiciales, donde se advierte, embrionariamente, la exigencia intrínseca al sistema de la *common law* de precisar la *ratio decidendi* de la solución del litigio. Por otro lado, en un ordenamiento en el que la fuente principal del derecho es la *common law*, es evidente el papel esencial de la función “*declarativa del derecho*” que realiza la jurisprudencia, de donde deriva que desde esta perspectiva el juez motiva la sentencia no tanto, o no solamente, con la finalidad de justificar la decisión, sino porque ésta representa un momento de la creación jurisprudencial del derecho.

En el siglo XVI, los resultados de esta fase evolutiva decisiva se consolidaron ampliamente: la motivación de la sentencia, si bien sólo seguía existiendo en la práctica, es un fenómeno del que se reconoce la importancia decisiva en el contexto del sistema de la *common law*, confirmación de lo cual es la afirmación de Francis Bacon, quien

⁸² Op. cit., Capítulo VI, págs.. 312 y ss.

explicaba cuán necesario es que los jueces hagan pública la razón de los motivos en los que fundan sus decisiones.⁸³

Por su parte, en Estados Unidos se recibe la práctica inglesa y, análogamente, sigue sin existir ninguna norma orientada a prescribir la motivación, y para las hipótesis de *jury-trial* no se pone en discusión la forma del veredicto no motivado, pero se difunde, en analogía con el sistema inglés, el uso predominante de pronunciar *opinions* motivadas por parte del juez (lo que vale especialmente para las hipótesis de procesos sin jurado). Y un interesante punto de contacto con las prácticas inglesas (en particular con la de las *Common Law Courts*) se evidencia en los primeros años de actividad de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los que prevalece la práctica de decidir mediante la exposición de opiniones separadas por parte de los diferentes miembros del colegio juzgador, siendo en el año 1801 que se emite la primera sentencia en nombre de la Corte como órgano y, por lo mismo, dotada de una motivación unitaria.

Fecha esta en la cual se introdujo la práctica de la deliberación colegiada y del uso de una motivación de mayoría, que en poco tiempo, y hasta nuestros días, se convirtió en la norma que guía el comportamiento de la Corte.⁸⁴

“Por otra parte –concluye Taruffo respecto de los ordenamientos de la common law⁸⁵– es necesario tener en cuenta que cada vez más la tendencia a considerar la motivación como un elemento necesario del ‘fair trail’ y, por lo mismo, a configurar algo parecido a un principio general de obligatoriedad de motivación. Sobre todo, debe subrayarse que la práctica tradicional, desde hace siglos orientada en la dirección de que los jueces deben expresar las razones de la decisión, se ha generalizado⁸⁶ hasta el punto en el que su derogación se considera inexistente, y las desviaciones eventuales provocarían indudablemente una reacción legislativa en el sentido de prescribir la

⁸³ Bacon, Francis, “De iustitia universali” en “Oeuvres de Bacon”, I, trad. Fr., París, 1852, pág. 487, aph. 38.

⁸⁴ Conf. Taruffo, Michelle, “La motivación de la sentencia...”, cit., cap. VI, págs. 315/316.

⁸⁵ Op. cit., cap. VI, págs. 327 y ss.

⁸⁶ Cf. Varano, “Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna”, Milán, 1973, pp. 502 ss.; Jolowicz, “Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England”, en “Fundamental Guarantees”, cit., pp.168 s.

obligación de motivación ⁸⁷. Desde esta perspectiva, se podría decir que un principio de obligatoriedad de motivación ya está incorporado en la práctica, y si no se enuncia expresamente en una norma, es porque no parece necesaria la existencia de normas que lo establezcan” (énfasis agregado).

25. **En conclusión, a mi juicio resulta claro que, en la medida que el Convenio del CIADI (art. 48.3) y las Reglas de Arbitraje CIADI (Regla 47.1 literal i) han incorporado expresamente la exigencia de la motivación de los Laudos Arbitrales, al punto de que, no obstante estar ínsita en otras causales de anulación, en definitiva se consideró pertinente incluirla como una causal separada en el literal (e) del art. 52.1 del Convenio CIADI, y además se excluyó expresamente la posibilidad de que las partes optaran por acordar que la motivación no fuera necesaria, las exigencias de una debida y suficiente motivación de las sentencias impuestas como obligatorias en los países de *civil law* y consagradas de hecho en la evolución histórica en los países de la *common law*, son plenamente aplicables a los Laudos de los Tribunales Arbitrales (y a las Decisiones de los Comités *ad hoc* de Anulación) constituidos en el ámbito del CIADI.**
26. Por último, entiendo que interesa especialmente destacar –por su aplicabilidad al caso del presente procedimiento de anulación- lo que expresa Taruffo al final del prólogo de la edición en español de 2011: “... el juez debe evitar caer en el ‘confirmation bias’, es decir, en el error típico de quien, debiendo justificar una determinada elección, escoge todos los factores que configuran la bondad de esa elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento” ⁸⁸ (énfasis agregado).

⁸⁷ Cf. Jolowicz, op.cit. p.169, quien muestra que la mutación de la praxis es impensable y que, cuando tuviera lugar, “*the system of case law would break down*”.

⁸⁸ Op. cit., Prólogo, pág. 24.

IV. ANÁLISIS DEL LAUDO ARBITRAL A LA LUZ DE LAS ALEGACIONES DE ANULACIÓN REALIZADAS POR IBERDROLA

4.1. Extralimitación manifiesta de facultades del tribunal (art. 52.1.b del Convenio CIADI)

4.1.1. Extralimitación en relación con la jurisdicción y competencia del Tribunal

4.1.1.1. LA DECISIÓN DEL COMITÉ EN MAYORÍA

27. La Decisión del Comité en mayoría dice correctamente que: “La extralimitación de facultades ha sido entendida principalmente respecto a dos materias: (i) en relación a la jurisdicción y competencia del Tribunal; y, (ii) en relación al derecho aplicable”, y que “Iberdrola estima que el Laudo incurre en estas dos formas de extralimitación”, razón por la cual a continuación analiza separadamente ambas cuestiones ⁸⁹ (énfasis agregado).

i) **Extralimitación en relación con la jurisdicción del Tribunal**

28. Sobre esta materia, el Comité en mayoría entiende que: “La discusión entre las Partes acerca de si el Tribunal se excedió negativamente de sus facultades radica, en esencia, sobre un asunto de interpretación del Laudo. Mientras Iberdrola sostiene que el Tribunal, para denegar su jurisdicción, habría asumido la tesis de que las cuestiones contractuales y regulatorias ‘per se’ excluyen cuestiones de derecho internacional (§ 47 supra), Guatemala señala que el Laudo en ningún caso asumió esa tesis, sino sólo caracterizó la demanda presentada por Iberdrola como una que contiene alegaciones exclusivas de derecho interno guatemalteco (§ 61 supra)” ⁹⁰ (énfasis agregado).

La Decisión en mayoría del Comité entiende sobre este tema en particular que: “Determinar si el Laudo sostiene una u otra premisa es relevante para este Comité a efectos de decidir sobre el motivo [rectius: la causal] de anulación del Artículo 52(1)(b). En efecto, si el argumento del Tribunal para declinar su jurisdicción fuese el que sostiene Iberdrola en su demanda de anulación, habría razón suficiente para dar lugar a la anulación por la causal tratada en este apartado, porque no parece ‘defendible’”

⁸⁹ Decisión del Comité en mayoría, capítulo V, literal B.1, párrafo 78.

⁹⁰ Id., párr. 81.

sostener una incompatibilidad necesaria y de principio entre un incumplimiento de derecho local y un incumplimiento de derecho internacional. A juicio del Comité, el incumplimiento del TBI y el incumplimiento de derecho local responden a preguntas diferentes y deben ser analizadas bajo estándares independientes. De ahí que sea posible que un Estado incumpla el TBI sin incumplir un derecho doméstico, o viceversa”.⁹¹ (énfasis agregado).

29. **Después de esa introducción, el Comité en mayoría entra a considerar concretamente el contenido del Laudo respecto de la alegada extralimitación “por razones de jurisdicción”.**

Comienza expresando el Comité que “*El Laudo decidió que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia respecto a las reclamaciones de Iberdrola por expropiación, por violación del trato justo y equitativo, por violación del estándar de plena protección y seguridad y por incumplimiento de las obligaciones de protección a su inversión. El Tribunal asume su falta de jurisdicción, primero, sobre la base del lenguaje restringido del TBI, conforme al cual tendría jurisdicción sólo sobre controversias referentes a cuestiones reguladas en ese tratado; en particular, a las alegaciones de violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión. Para arribar a esta conclusión, el Laudo se funda en el sentido natural del texto del Artículo 11 del TBI, que expresa el consentimiento de Guatemala para someterse a arbitraje con inversionistas españoles (Laudo, § 301). Luego, se apoya en una tesis planteada por una parte de la doctrina que identifica y distingue entre cuatro tipos de disposiciones referidas al consentimiento en los tratados de protección de inversiones (Laudo, § 304). A este respecto, el Laudo sostiene:*

“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’, ‘toda controversia’, ‘las controversias’, ‘las diferencias’ o ‘toda clase de controversias o de diferencias’ en lo referente a la amplitud de la protección. El lenguaje del Tratado es restringido y correspondería a la tercera de las categorías mencionadas en el párrafo trasanterior, 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

⁹¹ Id., párr. 82.

aquellas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado. (Laudo, § 306)”⁹² (énfasis agregado).

30. Luego expresa el Comité en mayoría que *“Una vez alcanzada por el Tribunal esta interpretación sobre el alcance restringido del consentimiento de las Partes, el Laudo determina la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal respecto de cada una de las reclamaciones de Iberdrola (Laudo, §§ 311 ss). Respecto de cada una de esas reclamaciones el Laudo define su competencia en atención a ‘la forma en que la Demandante [Iberdrola] planteó sus reclamaciones respecto de los estándares del Tratado que considera han sido violados por Guatemala’ (Laudo, §319)”* (énfasis agregado), lo cual describa sintéticamente en cuatro numerales.⁹³
31. Culminando su síntesis del contenido del Laudo a propósito de la alegada extralimitación “por razones de jurisdicción”, el Comité expresa que *“...a modo general, el Laudo concluye: ‘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.’ (Laudo, § 349)”*⁹⁴ (énfasis agregado).
32. Finalmente, el Comité en mayoría concluye que: *“De las citas anteriores se desprende que **la interpretación del Laudo que ha sostenido Iberdrola en su demanda de nulidad no es convincente. El Laudo no señala una incompatibilidad necesaria entre controversias de derecho doméstico o regulatorias y controversias de derecho internacional conforme al TBI. Iberdrola no pudo identificar con precisión en qué parte del Laudo el Tribunal habría afirmado como una cuestión de principio que las***

⁹² Id., párr. 83.

⁹³ Id., párr. 84.

⁹⁴ Id., párr. 85.

disputas locales son excluyentes de las disputas internacionales que pueden ser conocidas bajo el TBI. Iberdrola hace referencia en varias ocasiones a la decisión de no bifurcar el procedimiento y su incorporación al Laudo (§§ 19 y 257) ⁹⁵; en dicha decisión el Tribunal afirmó que ‘la 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’. Aunque dicho párrafo tiene cierta ambigüedad, interpretado en el contexto de todo el Laudo, es insuficiente para afirmar que el Tribunal defendía una tesis general como la alegada por Iberdrola; de hecho, si efectivamente el Tribunal hubiese considerado que el Tratado excluía como cuestión general las disputas regulatorias, hubiese sido innecesario el análisis particular de las violaciones alegadas” ⁹⁶ (énfasis agregado).

También dice el Comité en mayoría que “*A mayor abundamiento, parece implausible que el Tribunal haya querido innovar tan radicalmente en la materia sin hacer expresa mención a ello y sin citar ninguna autoridad en su apoyo...*” ⁹⁷ (énfasis agregado).

33. Luego agrega el Comité en mayoría que a su juicio “... **el Laudo declinó su jurisdicción porque consideró que la demandante no presentó un razonamiento claro y concreto sobre cuáles fueron los actos de imperio de Guatemala que en derecho internacional podrían constituir violaciones al Tratado.** El Laudo ‘afirma’ que si bien Iberdrola se refirió a normas y estándares del Tratado, sus alegaciones consistían exclusivamente en diferencias interpretativas del derecho doméstico guatemalteco. En definitiva, el Tribunal consideró que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia, porque la demanda de Iberdrola era calificable únicamente bajo la perspectiva del derecho interno, y el Tratado otorgaba jurisdicción sólo para el conocimiento de incumplimientos de derecho internacional” ⁹⁸ (énfasis agregado).
34. Y finaliza su conclusión expresando: “Por lo tanto, **la demanda de anulación de Iberdrola en esta materia constituye un cuestionamiento a una tesis general y abstracta para declinar jurisdicción, como es que el Tribunal asume que las**

⁹⁵ “Ver, por ejemplo, §§ 89-91 y 213-214 de la Réplica de Iberdrola y §§ 38-40 de Escrito Post Audiencia de Iberdrola”.

⁹⁶ Id., párr. 86.

⁹⁷ Id., párr.87.

⁹⁸ Id., párr. 88.

cuestiones de derecho interno excluyen a las internacionales, tesis que no es sostenida por el Laudo”⁹⁹ (énfasis agregado).

35. El Comité en mayoría también expresa: “Adicionalmente, Iberdrola también cuestiona las razones particulares esgrimidas por el Tribunal para caracterizar la disputa como una exclusiva de derecho doméstico no susceptible de ser sometida a jurisdicción internacional conforme a la interpretación del Artículo 11 del TBI. Planteada así la anulación invocada por Iberdrola con relación al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, la pregunta es hasta qué punto este Comité puede revisar el razonamiento del Tribunal para caracterizar el caso y, al mismo tiempo, qué tanta discrecionalidad tenía el Tribunal para ello”.
- ¹⁰⁰

Al respecto, el Comité en mayoría expresa que ello es discutido y que en distintos Laudos se han adoptado posiciones diferentes. Conforme a una doctrina, que fue seguida en el caso *Vivendi I*, el tribunal debe calificar la demanda tal como le es presentada por el demandante, por lo que basta con que los demandantes invoquen normas sustantivas del Tratado, salvo que esa invocación aparezca *prima facie* implausible¹⁰¹. En otros Laudos, en cambio, se han reconocido facultades más amplias al tribunal para calificar las alegaciones del demandante y, aun cuando los demandantes formalmente argumenten violaciones al tratado, el tribunal puede estimar que dichas alegaciones, en esencia, recaen únicamente sobre aspectos de derecho doméstico (*SGS c. Filipinas*, decisión de jurisdicción de 29 de enero de 2004, § 157).¹⁰²

36. Respecto del caso concreto objeto de decisión, el Comité en mayoría entiende que “En el Laudo indudablemente el Tribunal consideró que tenía las facultades para determinar la verdadera naturaleza de las alegaciones de Iberdrola. En efecto, pese a que Iberdrola invoca en su demanda incumplimientos directos del Tratado, el Tribunal estimó que esas alegaciones, en realidad, correspondían a unas de derecho doméstico (§ 86 supra)”. Y concluye que “El Comité considera que los Tribunales tienen facultades para calificar legalmente las peticiones de las partes, y que **en este caso**

⁹⁹ Id., párr. 89.

¹⁰⁰ Id., párr. 90.

¹⁰¹ Id., párr. 91.

¹⁰² Id., párr. 92.

concreto el Tribunal actuó de manera exigente pero razonable...”¹⁰³ (énfasis agregado).

Luego explica las razones que le llevan a esta conclusión: “En este caso, la decisión de calificar el caso presentado por Iberdrola como uno puramente local fue particularmente exigente. Es perfectamente concebible que otro Tribunal enfrentado a este mismo caso hubiese considerado que existían al menos ‘prima facie’ disputas relativas a los estándares de protección del TBI.¹⁰⁴ Con todo, la calificación exigente del Tribunal es defendible (§ 76 supra); sobre todo, porque el Laudo realiza tal caracterización del caso específicamente respecto de cada alegación de la parte demandante (Laudo, §§ 311-346) y hace referencia, en particular, a las peticiones concretas de Iberdrola (Laudo, § 354), cada una de las cuales es calificada como una petición de derecho doméstico (Laudo, § 356). La corrección de dicha calificación legal específica supone una cuestión de fondo que no corresponde revisar con ocasión de un recurso de anulación (supra § 77). En efecto, este Comité considera que el mecanismo de anulación no le permite revisar la pertinencia del razonamiento del Laudo”¹⁰⁵ (énfasis agregado).

37. Finalmente, en nota a pie de página N° 54 del párrafo 94 el Comité en mayoría aclara que “la suficiencia de este razonamiento será analizada a propósito de la discusión relativa al artículo 52(1)(e) (§§ 124 a 133 infra)”.

Si bien se trata de una fundamentación complementaria de la realizada con respecto al tema de la extralimitación de facultades del Tribunal prevista en el art. 52(1)(b) del Convenio CIADI (que estamos aquí considerando), en virtud de que la extralimitación puede darse también por falta de una debida y suficiente motivación del Laudo, a fin de respetar el orden del razonamiento del Comité en mayoría consideraré esa fundamentación *infra* en el capítulo 4.3 relativo a la

¹⁰³ Id., párr. 93.

¹⁰⁴ “Por esta razón el Comité también considera que la condena a Iberdrola a pagar los costos del procedimiento original es excesiva, sin embargo, atendido el carácter discrecional de la decisión sobre costos y el ámbito limitado de revisión que implica una anulación, este Comité no puede revisar de ninguna manera esta decisión del Tribunal. Ver infra §§ 145 a 148, para la decisión del Comité sobre las costas del procedimiento original y las de este procedimiento de anulación” (énfasis agregado).

¹⁰⁵ Id., párr. 94.

causal de anulación de falta de motivación de la decisión del Tribunal prevista en el art. 52(1)(e) del Convenio.

ii) **Extralimitación en relación con el derecho aplicable**

38. Sobre esta materia, el Comité en mayoría entiende que ¹⁰⁶: “Es relevante distinguir entre la no aplicación del derecho relevante y su aplicación errónea. Sólo el primer caso constituye una extralimitación de facultades que puede dar lugar eventualmente a una anulación. Si bien existe acuerdo en la diferencia teórica entre ambos problemas, su aplicación práctica suele ser más difícil. Como lo expresó el Comité en el caso Soufraki: (énfasis agregado)

“[i]f the general statement to the effect that a wrong application or interpretation of the law is not a ground for annulment is quite uncontroversial and endorsed by this ad hoc Committee, its practical application to concrete sets of facts may at times not be self-evident.” ¹⁰⁷

39. Y agrega: “Con todo, el Comité en el caso Soufraki también afirmó que un error en la aplicación del derecho puede ser de tal gravedad que equivalga a la no aplicación del derecho relevante.¹⁰⁸ Por eso, es necesario que el Comité revise lo que el Tribunal efectivamente analizó y argumentó, más que lo que el Tribunal declara haber hecho. La sola afirmación por parte del Tribunal de que está aplicando el derecho relevante o la falta de esa afirmación no puede ser suficiente para decidir el asunto” ¹⁰⁹ (énfasis agregado), así como que “Es particularmente difícil, sin comprometer la distinción entre anulación y apelación determinar el límite entre un error tan grave que suponga dejar sin aplicación el derecho relevante y un error de apreciación que no da lugar a la nulidad...” ¹¹⁰ (énfasis agregado)

40. Luego dice el Comité en mayoría: “De acuerdo al Artículo 42 del Convenio CIADI el Tribunal tiene la obligación de decidir la diferencia de conformidad con las normas de

¹⁰⁶ Id., párr. 96.

¹⁰⁷ “Soufraki c. EAU, § 85. Los Comités en los casos Amco I y Klockner I, aun cuando declararon que los errores jurídicos del Laudo no eran anulables, en los hechos, analizaron a profundidad la aplicación del derecho por parte del Tribunal, anulando los Laudos por haber supuestamente ignorado el derecho aplicable, cuando en realidad lo que existía era una aplicación errónea (a juicio del Comité) del derecho relevante”.

¹⁰⁸ “Soufraki c. EAU, § 86”.

¹⁰⁹ Id., párr. 97.

¹¹⁰ Id., párr 98.

derecho acordadas por las partes. En este caso particular el acuerdo de las Partes se encuentra en el Artículo 11.3 del TBI, que dispone que debe aplicarse el derecho del Estado receptor de la inversión, es decir, Guatemala en este caso. Por lo tanto, para que el Tribunal fallara la disputa presentada por Iberdrola debía aplicar, además del TBI y el derecho internacional general, las disposiciones legales de Guatemala. En consecuencia, para la correcta resolución de la anulación en este punto es necesario responder la siguiente pregunta: ¿Qué derecho aplicó el Tribunal en su Laudo para determinar la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal?”¹¹¹ (énfasis agregado).

41. Y respondiendo a ese interrogante dice el Comité en mayoría: “El Laudo no se refiere de manera expresa al derecho aplicable ni hace referencia al Artículo 11.3 del TBI. El Tribunal no se pronuncia sobre el debate que existe entre las Partes respecto a la correcta aplicación del derecho de Guatemala; es más, declara que esa controversia se encuentra fuera del ámbito de su competencia”¹¹² (énfasis agregado).
42. No obstante estas comprobaciones, el Comité en mayoría concluye a continuación sin solución de continuidad: “Sin embargo, el Tribunal consideró que la disputa presentada por Iberdrola se encontraba fuera de su competencia porque era una disputa exclusiva de derecho doméstico guatemalteco (Laudo, §§ 322, 325, 330, 350-352, 354, 356, 359 y 365). Para hacer esta distinción el Tribunal ‘debió aplicar necesariamente’, al menos prima facie, el derecho guatemalteco y también el derecho internacional. En efecto, la afirmación del Tribunal relativa a que el caso de Iberdrola es puramente doméstico ‘supone necesariamente’ una instancia de aplicación del derecho guatemalteco. Correlativamente, afirmar que el caso de Iberdrola no trataba de materias reguladas en el TBI, ‘es también un forma de aplicación del derecho internacional’”¹¹³ (énfasis agregado).
43. Por último, el Comité en mayoría reafirma su conclusión diciendo: “De esta manera, la aplicación del test prima facie de jurisdicción racione materiae ‘supone e implica’ la aplicación del derecho guatemalteco e internacional en las partes que resulten

¹¹¹ Id., párr. 99.

¹¹² Id., párr. 100.

¹¹³ Id., párr. 101.

relevantes.¹¹⁴ Con todo, ‘no fue necesario que el Tribunal realizara una aplicación más profunda del derecho guatemalteco y del derecho internacional, porque entendió que no tenía jurisdicción para ello’. Por lo tanto, el Tribunal sí aplicó el derecho relevante, aunque fuera para calificar la disputa como una de derecho nacional, lo que le llevó a concluir que se trataba de un asunto para el que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia”¹¹⁵ (énfasis agregado).

4.1.1.2. LA OPINIÓN DISIDENTE

44. **No tengo el honor de compartir las opiniones de los colegas que fundamentan la Decisión de Comité en mayoría respecto del tema de la “extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades”, tanto en lo que refiere a razones “de jurisdicción y competencia”, como en razón del “derecho aplicable”.**

El Tribunal expresa en el Laudo, en el Título 4 relativo a “Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral”, que “analizará dos aspectos de la excepción a la jurisdicción planteada por la Demandada que considera especialmente relevantes”, que son:

(a) por una parte la Demandada cuestiona la naturaleza internacional de las reclamaciones de Iberdrola, señalando que no son competencia de un Tribunal constituido al amparo del Convenio CIADI; y

(b) por otra parte la Demandada considera que el art. 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 por Guatemala que utilizan un lenguaje amplio extendiendo la jurisdicción del CIADI y la competencia de los tribunales arbitrales a “cualquier controversia”, “toda controversia”, “las controversias”, “las diferencias” o “toda

¹¹⁴ “La aplicación efectiva del test prima facie por el Tribunal fue discutida por las partes. Ver §§ 59 y 67 supra”.

¹¹⁵ Id., párr 102.

clase de controversias o diferencias” sobre la inversión, sin ninguna otra calificación ¹¹⁶ (énfasis agregado).

Y acto seguido dice el Tribunal que, para efectos de orden, se referirá (i) en primer lugar al alcance del art. 11 del Tratado, y (ii) a continuación al tipo de controversia que la Demandante ha sometido a su decisión.

En cada uno de esas secciones el Tribunal trata fundamentalmente la alegada extralimitación por “razones de jurisdicción” y por “razones de derecho aplicable”, respectivamente, aunque en ambas hay algunas consideraciones que refieren a la otra causa de extralimitación.

También en la Decisión del Comité en mayoría, a pesar de separar el examen del Laudo en secciones relativas respectivamente a la alegada extralimitación “en relación con la jurisdicción del Tribunal” y “en relación al derecho aplicable”, en ambas secciones se realizan consideraciones que, a mi juicio, refieren a ambos temas.

Por ello, habré de desarrollar los fundamentos de mi voto disidente en base a la sistematización que me parece más adecuada, que no necesariamente coincide con la del Laudo ni con la de la Decisión del Comité en mayoría.

(A) *El alcance del art. 11 del Tratado – La extralimitación por razones de jurisdicción*

45. En el subtítulo 4.2 denominado “El Artículo 11 del Tratado” ¹¹⁷ el Tribunal expresa que no puede limitarse a constatar que Guatemala haya dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, sino que debe además 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 art. 25 del Convenio CIADI, o si ese consentimiento está, de alguna manera, restringido o limitado. ¹¹⁸

¹¹⁶ Laudo, Cap. IV, Título 4, subtítulo 4.1, párr. 289, pág. 70.

¹¹⁷ Laudo, Cap. IV, Título 4, subtítulo 4.2, párrs. 291 a 310, págs. 70 a 75.

¹¹⁸ Id., párr. 294, pág. 71.

Como el consentimiento de Guatemala al arbitraje está contenido en el art. 11 del Tratado, el Tribunal dice que corresponde determinar si dicho texto incluye las controversias sometidas por Iberdrola para resolver si existe en el caso jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal ¹¹⁹, para lo cual, como el consentimiento de Guatemala está dado en un tratado internacional, considera necesario aplicar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, particularmente el art. 31 (1) que establece la 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 éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. Y agrega el Tribunal que la buena fe obliga a interpretar de buena fe tanto el texto del tratado, como también a considerar que al momento de manifestar su consentimiento *“... las partes lo hicieron con la intención sincera de que éste produjera todos sus efectos en las circunstancias acordadas por ellas”*. ¹²⁰

46. Luego de estas consideraciones previas, se expresa en el Laudo en el párrafo 301: *“Con respecto al texto y 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 reguladas por el Tratado**”* ¹²¹ (subrayados agregados; negrita parte en el original y parte agregada).

Después, en el párrafo 304, el Laudo explica de dónde deriva esa afirmación: *“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*

¹¹⁹ Id., párr. 297, pág. 72.

¹²⁰ Id., párrs. 299 y 300, págs. 72/73.

¹²¹ Id., párr. 301, pág. 73.

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”¹²² (énfasis agregado).

47. A continuación, en el párrafo 306, se afirma en el Laudo: “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’, ‘toda controversia’, ‘las controversias’, ‘las diferencias’ o ‘toda clase de controversias o diferencias’ en lo referente a la amplitud de la protección”¹²³ (subrayados agregados).

Lo cual, a mi juicio, no más que una mera afirmación de su coincidencia con la afirmación que, a su vez, hizo Guatemala en cuanto a que el Tratado contrasta con el texto de otros tratados, que no tiene en sí misma consecuencia alguna, en tanto hasta ahí no se fundamenta en absoluto cuál es el efecto que tendría, para el caso concreto, ese contraste o diferencia.

48. **Sin embargo, acto seguido y sin solución de continuidad, el Tribunal realiza (en el mismo párrafo 306) una afirmación tajante que tiene, esta sí, la trascendental consecuencia de dejar fuera de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal las principales reclamaciones planteadas por Iberdrola: “El lenguaje del Tratado es restringido y correspondería¹²⁴ a la tercera de las categorías mencionadas en el párrafo trasanterior, lo que significa¹²⁵ que la República de Guatemala no dio un consentimiento amplio para someter a arbitraje cualquier tipo de controversias o**

¹²² Id., párr. 304, págs. 73/74.

¹²³ Id., párr. 306, págs. 74/75.

¹²⁴ **Afirmación hecha EN FORMA CONDICIONAL.**

¹²⁵ **Afirmación TERMINANTE Y DEFINITIVA derivada de la anterior realizada en condicional.**

diferencias relacionadas con inversiones.....sino solamente aquellas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado” (énfasis agregado).

Y concluye el Tribunal (en el párrafo 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 ‘cuestiones reguladas por’ el propio Tratado”*¹²⁶ (énfasis agregado).

49. **Como vimos *supra* en el párrafo 29, el Comité en mayoría sólo expresa, respecto de este tema, lo siguiente:**

“El Laudo decidió que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia respecto a las reclamaciones de Iberdrola por expropiación, por violación del trato justo y equitativo, por violación del estándar de plena protección y seguridad y por incumplimiento de las obligaciones de protección a su inversión. El Tribunal asume su falta de jurisdicción, primero, sobre la base del lenguaje restringido del TBI, conforme al cual tendría jurisdicción sólo sobre controversias referentes a cuestiones reguladas en ese tratado; en particular, a las alegaciones de violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión. Para arribar a esta conclusión, el Laudo se funda en el sentido natural del texto del Artículo 11 del TBI, que expresa el consentimiento de Guatemala para someterse a arbitraje con inversionistas españoles (Laudo, § 301). Luego, se apoya en una tesis planteada por una parte de la doctrina que identifica y distingue entre cuatro tipos de disposiciones referidas al consentimiento en los tratados de protección de inversiones (Laudo, § 304). A este respecto, el Laudo sostiene:

“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’, ‘toda controversia’, ‘las controversias’, ‘las diferencias’ o ‘toda clase de controversias o de diferencias’ en lo referente a la amplitud de la protección. El lenguaje del Tratado es restringido y correspondería a la tercera de las categorías mencionadas en el párrafo trasanterior, 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

¹²⁶ Laudo, párr. 309, pág.75.

*aquellas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado. (Laudo, § 306)”*¹²⁷ (énfasis agregado).

50. A mi juicio, sin embargo, las afirmaciones del Tribunal en el Laudo carecen claramente de una debida y suficiente motivación.

En primer término, porque la clasificación de las disposiciones de los tratados de protección de inversiones relativas a las controversias o diferencias de las Partes sujetas a la jurisdicción de los tribunales arbitrales en cuatro “tipos” o “grupos”, que realiza la doctrina acogida por el Tribunal en el Laudo, no tiene más valor que cualquier otra clasificación de las tantas que suelen realizarse a nivel doctrinario en cualquier área del Derecho, a saber: (i) carece de naturaleza vinculante para determinar el alcance de los diferentes derechos y obligaciones de las Partes de los tratados incluidos en cada uno de esos “grupos”; (ii) no es más que un intento simplificador de sistematización de las variadas y múltiples disposiciones que se dan en la realidad del lenguaje del Derecho – en la especie, de los tratados de protección de inversiones- sin más pretensión que realizar un ordenamiento de carácter didáctico para facilitar la comprensión de la variada realidad; y (iii) es un mero agrupamiento convencional o arbitrario que no responde más que a lo que muchos han llamado muy gráficamente la “manía clasificatoria de los hombres”.

De modo que la afirmación del Tribunal basada en las diferencias existentes en los distintos “tipos” o “grupos” de tratados de protección de inversiones que realiza la doctrina que acoge, no es a mi juicio “defendible” o “plausible” (“tenable”), sobre todo a la luz de un “juicio de razonabilidad” de su suficiencia, de forma que permita “seguir el razonamiento expresado en el Laudo desde el ‘Punto A’ hasta el ‘Punto B’” (como expresó el Comité del caso *MINE*, invocado en la Decisión del Comité en mayoría en el caso que nos ocupa).

Sólo una conclusión que derive del examen jurídico del contenido intrínseco y de la finalidad de las disposiciones particulares de cada tratado singular, que permita desentrañar su verdadero alcance, puede considerarse “coherente”,

¹²⁷ Decisión del Comité en mayoría, párr. 83.

“razonablemente consistente” o “*reasonably sustainable and capable*” de proporcionar una base para la decisión del Tribunal, como se requiere para que tenga una motivación suficiente, según lo han dicho, por ejemplo, los Comités *ad hoc* en los casos *Sempra c. Argentina* y *Klöckner I* respectivamente (según vimos supra en el capítulo III, párrafo 12).

A tal fin corresponde aplicar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, más específicamente su art. 31.1 que contiene la regla general de interpretación que dispone –como ya se vio- que “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

El Tribunal en el Laudo –como hemos visto- invoca esta disposición de la Convención de Viena, pero no motiva de qué forma ella resulta aplicable a las afirmaciones que realiza, ya que se limita a repetir las afirmaciones de Guatemala en cuanto a que el art. 11 del tratado es “*restrictivo*” frente al “*lenguaje amplio*” que contienen otros tratados suscritos por España y Guatemala.

51. El Tribunal afirma asimismo –como también hemos visto- que “*con respecto al texto y 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*”, la cual –según el Tribunal- no es “*una expresión amplia que comprenda cualquier tipo de controversias*”, y que “*ni siquiera se refiere a controversias derivadas de o relacionadas con una inversión*”.

A mi juicio, también en este punto el Tribunal realiza meras afirmaciones, ya que no motiva en absoluto por qué, a su criterio, el texto y contexto del art. 11 y el sentido natural de las palabras, interpretados de buena fe conforme al sentido corriente de esos términos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Tratado, determinan (“*sugiere*” dice el Tribunal, sin mucha convicción y menos aún motivación) que la expresión del Tratado no es una expresión amplia que comprenda cualquier tipo de controversias relativas a inversiones, sino una expresión “*restrictiva*”.

Cabe recordar que uno de los criterios o principios generales que han aplicado claramente los Comités *ad hoc* del CIADI es que el art. 52 del Convenio CIADI “debe interpretarse de conformidad con su objeto y propósito, es decir, ni de forma restringida ni de forma amplia” ¹²⁸ (énfasis agregado), lo que es sin duda una aplicación del principio general de interpretación de los tratados incluido en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, lo cual determina que rija también para la interpretación del Tratado España- Guatemala.

Así, por ejemplo, en *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Klöckner I)* ¹²⁹, se dijo: “En el momento de aplicarse (el art. 52 del Convenio CIADI) no debe ser objeto de una interpretación restrictiva, ni de una interpretación extensiva, sino más bien de una interpretación apropiada teniendo en cuenta el objetivo de envolver el ejercicio de dicho recurso con el máximo de garantías posibles, para llegar a un equilibrio armonioso entre los distintos objetivos del Convenio” (énfasis agregado).

Y en *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* ¹³⁰, se dijo: “... el artículo 52(1) debería interpretarse de conformidad con su objeto y propósito, lo que excluye, por una parte, como ya se mencionó, extender su aplicación a la revisión de un laudo sobre el fondo de la cuestión, y por la otra, negarse injustificadamente a darle pleno efecto dentro del alcance limitado pero importante para el cual se redactó” ¹³¹ (énfasis agregado).

¹²⁸ Ver “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación”, de 10/08/2012, cit., párr. 75, págs. 36 y ss.

¹²⁹ Caso CIADI N° ARB/81/2, Decisión del Comité *ad hoc*, párr. 3 (3 de mayo de 1985).

¹³⁰ Caso CIADI N° ARB/84/4, Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial del Laudo Arbitral, del 6 de enero de 1988, Presentada por Guinea, párr. 4.05 (22 de diciembre de 1989).

¹³¹ Ver ambos en “Documento de antecedentes”, cit., párr.75, num 5, págs. 46 y 46/47.

52. Adicionalmente el Laudo padece, mi juicio, de una grave falta de motivación con su tajante afirmación de que el lenguaje “*restringido*” del Tratado “*correspondería a la tercera de las categorías*” de la clasificación acogida, sin siquiera mencionar que el mentado art. 11 del Tratado dispone que estará sujeta a arbitraje “*toda controversia*” relativa a “*las inversiones*”, “*respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo*”, ni realizar un análisis de la vinculación que puede existir entre dichas locuciones.

Esta falta de motivación no llama la atención porque el propio Laudo también afirma –como vimos- que el art. 11 del Tratado “*ni siquiera se refiere a controversias derivadas de o relacionadas con una inversión*”, afirmación esta que se contradice con el texto expreso del citado artículo y respecto de la cual el Tribunal no ensaya la más mínima motivación.

Ello es especialmente relevante, además, porque cuando el Tribunal contrasta lo que dispone este Tratado con lo que disponen otros tratados suscritos por España y por Guatemala que consagrarían –según afirma- una jurisdicción arbitral más amplia, uno de los ejemplos que menciona es el de los tratados del “primer grupo” de la doctrina invocada, los cuales, según ésta los describe, disponen que la jurisdicción arbitral alcanza a “*todas*” o “*cualesquiera*” “*controversias*” “*relativas a inversiones*”, expresiones éstas –precisamente- utiliza el art. 11 del Tratado España – Guatemala (“*toda controversia relativa a las inversiones*” dice el referido art. 11).

De donde resulta, a mi juicio, otro elemento de confusión que determina que la afirmación del Tribunal no sea “defendible” o “plausible” (“*tenable*”) en tanto no permite “*seguir el razonamiento del Tribunal desde el punto A al punto B*”. Porque no se entiende la razón por la cual el Tratado España-Guatemala, cuyo art. 11 –reitero- hace expresa referencia a “*toda controversia*” “*relativa a las inversiones*”, corresponde al “tercer grupo” de tratados y no, por ejemplo, a este “primer grupo”.

53. A su vez, las afirmaciones *en términos condicionales* que realiza el Tribunal al sostener que el texto y contexto y el sentido natural de las palabras contenidas en el

Tratado “sugiere” que el mismo es restrictivo o restringido en cuanto al tipo de controversias sobre las cuales Guatemala dio su consentimiento para que tuviera competencia el Tribunal, así como al decir que en virtud de ese lenguaje restringido el Tratado “correspondería” a la tercera categoría de tratados de la clasificación (a lo cual el Tribunal otorga la determinante importancia de concluir que no es competente para entender en las reclamaciones de Iberdrola por razones de jurisdicción) ya de por sí son suficientes para llevar a la conclusión de que las afirmaciones del Tribunal no constituyen una fundamentación que sea “defendible” o “plausible” (“*tenable*”), sobre todo a la luz de un “juicio de razonabilidad”.

Es más, a mi entender constituyen afirmaciones basadas –en el mejor de los casos– en motivos que cabe calificar de “frívolos” y/o que responden a “razonamientos incompletos” u “oscuros”, que determinan, aunque sea sin proponérselo, que el Tribunal termina “forzando los conceptos”, todo lo cual –como vimos *supra* en el capítulo III– no cumple con la obligación de motivar debida y suficientemente la conclusión del Tribunal.

54. No puede dejar de señalarse que, como vimos *supra* en el párrafo 49, el Comité en mayoría dice en su análisis, donde concluye que no hubo extralimitación del Tribunal por razones de jurisdicción, que: “*El Tribunal asume su falta de jurisdicción, primero, sobre la base del lenguaje restringido del [art. 11 del] TBI, conforme al cual tendría jurisdicción sólo sobre controversias referentes a cuestiones reguladas en ese tratado; en particular, a las alegaciones de violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión*” (según vimos *supra* en el numeral 4.1.1.1 –i–, párrafo 28).

Sin embargo, ni el citado art. 11 del TBI, ni el Tribunal, hacen en absoluto esa referencia a que las “*cuestiones reguladas en ese tratado*” sean, en particular, “*las alegaciones de violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión*”. Ese contenido en particular es, por

el contrario, uno de los que la doctrina acogida por el Tribunal atribuye a los tratados del “segundo grupo”.¹³²

55. Todo lo que he expuesto sobre este punto no supone, a mi juicio, la censura a una errónea interpretación por parte del Tribunal Arbitral de los términos del Tratado o del alcance del consentimiento de Guatemala al mismo (como pretende Guatemala en su Memorial de Contestación sobre Anulación¹³³), ni por consiguiente implica revisar el contenido del Laudo a la manera de un tribunal de alzada en sede de apelación, sino la constatación de que el Tribunal ha incurrido en una clara y grave falta de motivación que configura la causal de anulación prevista en el art. 52.1 (e) del Convenio CIADI.

Y también implica la constatación de que con ello el Tribunal ha incurrido, asimismo, en una manifiesta extralimitación negativa de sus facultades que configura la causal de anulación prevista en el art. 52.1 (b) del Convenio.

56. Por último, creo necesario señalar que cuando el Tribunal expresa que los tratados incluidos en el “tercer grupo” (donde encuadra al TBI España-Guatemala) restringen la materia del arbitraje “*exclusivamente a violaciones sustantivas del tratado mismo*”, no explica, ni mucho menos motiva -como se verá *infra* en el literal (C)- cuál es, a criterio del Tribunal, el concepto de “*violaciones sustantivas del Tratado*” o las “*cuestiones reguladas por el Tratado*”.

(B) *El tipo de controversias que la Demandante ha sometido a la decisión del Tribunal - “violaciones sustantivas del Tratado” o “cuestiones reguladas por el Tratado”.*

57. En el subtítulo 4.2, párrafo 310, se dice en el Laudo que: “*A continuación el Tribunal entrará a resolver sobre la jurisdicción del CIADI y su competencia y, para el*

¹³² Laudo, párr. 304, págs. 73/74.

¹³³ Memorial de Contestación de Anulación, capítulo IV, título D, num. 1, párrs. 140 y ss., págs. 58 y ss.

efecto, deberá determinar si las controversias que Iberdrola ha sometido a este arbitraje se refieren a ‘cuestiones reguladas por el tratado’”¹³⁴ (énfasis agregado).

58. Y en el siguiente subtítulo 4.3 denominado “La Controversia sometida por la Demandante al Tribunal Arbitral, a la luz del Artículo 11 del Tratado”¹³⁵, el Tribunal reseña muy brevemente en el Laudo la diferente interpretación de las Partes respecto del alcance de la expresión del art. 11 del Tratado en cuanto refiere a controversias “respecto a cuestiones reguladas por el Tratado”.

Así expresa que Guatemala considera 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...*”¹³⁶, así como 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’*”.¹³⁷

A su vez, el Laudo reseña que la posición de Iberdrola es que las cuestiones reguladas por el Tratado “*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)*”¹³⁸, que se produjeron a raíz “*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...*”, por lo que “no

¹³⁴ Laudo, Cap. IV, Título 4, subtítulo 4.2, párr. 310, pág. 75.

¹³⁵ Laudo, Cap. IV, Título 4, subtítulo 4.3, párrs. 311 a 394, págs. 76 a 85.

¹³⁶ Id., párr. 312, pág. 76.

¹³⁷ Id., párr. 313, pág. 76.

¹³⁸ Id., párr. 314, pág. 76.

cabe duda...de que la controversia...se refiere a ‘cuestiones reguladas por el presente Acuerdo’ en las palabras del art. 11.1 del Tratado... ”. ¹³⁹

59. Luego se expresa en el Laudo que: “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 que han sido violados por Guatemala” ¹⁴⁰ (énfasis agregado), lo cual realiza examinando las reclamaciones de Iberdrola separándolas en distintos literales del subtítulo 4.3. que refieren a cada una de ellas, que van del (A) al (D) ¹⁴¹, para finalmente realizar sus conclusiones en el literal (E) denominado ”Conclusiones sobre las alegaciones de los estándares” ¹⁴² y en el Título 5 denominado “Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral”. ¹⁴³

Aunque, como veremos *infra* en el literal (C), también se realizan en el Laudo, en los literales previos (A a D) del mencionado subtítulo 4.3 relativo a “La Controversia sometida por la Demandante al Tribunal Arbitral, a la luz del Artículo 11 del Tratado”, consideraciones que a mi juicio, más allá de ser una descripción de lo planteado por Iberdrola, constituyen una toma de posición anticipada del Tribunal mediante la realización de afirmaciones, esta vez sobre el “Derecho aplicable”, para la resolución de la controversia sobre su jurisdicción y competencia.

60. **Ahora bien, como lo adelanté *supra* en el literal (A) (párrafo 56), en ningún momento el Tribunal expresa ni obviamente motiva, como anuncia que lo hará en el párrafo 310 del Laudo, cuál es a su entender el concepto de “cuestiones reguladas por el Tratado” o de “violaciones sustantivas del Tratado”, ni qué normas del Tratado se requiere que sean violadas para que exista jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal, ni por qué entiende –aparentemente- que violaciones a las normas de protección de las inversiones contenidas en los arts. 5 y 3 del Tratado no son “normas sustantivas” o “cuestiones reguladas” por el mismo a que se refiere su art. 11.1.**

¹³⁹ Id., párr. 315, pág. 76.

¹⁴⁰ Id., párr. 319, pág. 77.

¹⁴¹ Id., párrs. 320 a 346, págs. 77 a 85.

¹⁴² Id., párrs. 347 a 349, págs. 84 y 85.

¹⁴³ Laudo, Cap. IV, Título 5, párrs. 350 a 373, págs. 85 a 92.

Como con razón dice Iberdrola en su Escrito Posterior a la Audiencia en el presente proceso de Anulación ¹⁴⁴, no hay ni un solo párrafo, ni una sola referencia, en todo el Laudo, al contenido y alcance de las “*protecciones sustantivas*” reguladas por el Tratado contenidas en sus arts. 3 y 5, a fin de determinar si son “*cuestiones reguladas*” por el mismo.

Más aun, la única referencia que hay en el Laudo a qué contenido tiene el concepto de “*cuestiones reguladas*” por el Tratado es la sintética reseña de las posiciones de las Partes al respecto realizada en los párrafos 312 a 318 del mismo (que se resumen *supra* en el párrafo 58), respecto de las cuales el Tribunal no emite opinión alguna.

(C) *La extralimitación por razones del Derecho aplicable*

61. Después de las consideraciones relativas a la causal de “Extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades” realizadas en base a aspectos de “jurisdicción” -que hemos considerado *supra* en el literal (A) y en parte en el literal (B)-, **el Laudo ingresa en consideraciones que tienen que ver con la “Extralimitación manifiesta” alegada por Iberdrola basada en el “Derecho aplicable”**, a propósito de la alegación relativa a la expropiación indirecta en base al art. 5 del Tratado (en el literal A del subtítulo 4.3) ¹⁴⁵, que luego se reiteran en términos más o menos similares (en los siguientes literales) respecto de los estándares del art. 3 del Tratado.
62. En efecto, el Laudo expresa, en el párrafo 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*

¹⁴⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola, cap. 5, título 5.2, párrs. 63 y 70, págs. 19 y 21 respectivamente.

¹⁴⁵ Laudo, Cap. IV, Título 4, subtítulo 4.3, literal (A), párrs. 321 y ss., págs. 78 y ss.

Demandante de los actos de la República de Guatemala que, en derecho internacional, podrían constituir una expropiación bajo el Tratado” ¹⁴⁶ (énfasis agregado).

Acto seguido expresa el Laudo, en el párrafo 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, ‘en 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...’.* 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. 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” ¹⁴⁷ (énfasis agregado).

Luego expresa, en el párrafo 323, que “*esta misma línea de razonamiento la mantiene Iberdrola*” en todos los escritos que presentó a lo largo del arbitraje, en la audiencia y en sus alegaciones finales, y que Iberdrola “*reitera nuevamente su interpretación, basada en el derecho de Guatemala, de cada una de las diferencias mencionadas en la Sección III supra*”. Y concluye el Laudo diciendo: “*Más allá de calificar las conductas como aberrantes o violatorias del Tratado, la Demandante en ningún momento presenta un razonamiento 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*” ¹⁴⁸ (énfasis agregado).

63. Similares expresiones reitera el Tribunal al considerar, en los siguientes literales, las reclamaciones de Iberdrola en base a los estándares del art. 3 del Tratado.

¹⁴⁶ Id., párr. 321, pág. 78.

¹⁴⁷ Id., párr. 322, pág. 78.

¹⁴⁸ Id., párr. 323, págs. 78/79.

Así dice en el literal (B), párrafo 325 ¹⁴⁹: “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 este estándar; pero la sustentación de la reclamación, de la alegada violación del estándar del Tratado, la centra en las diferencias de interpretación de la 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 de complacientes” (énfasis agregado).

Luego agrega, en el párrafo 326, que “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.....” (y realiza un breve resumen de algunas de las alegaciones de Iberdrola que consideran que la forma de actuar de las autoridades de Guatemala en el proceso de fijación tarifaria es contraria a su propia normativa interna) (énfasis agregado). ¹⁵⁰

Y culmina afirmando, en el párrafo 327 ¹⁵¹, que “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.....**” (y nuevamente realiza un resumen, esta vez un poco más extenso, de las alegaciones de Iberdrola sobre la forma de proceder de las autoridades de Guatemala) (énfasis agregado). ¹⁵²

64. A su vez, en el literal (E) relativo a “Conclusiones sobre las alegaciones de los estándares” ¹⁵³, el Tribunal reitera sus afirmaciones.

¹⁴⁹ Laudo, Cap. IV, Título 4, num. 4.3, literal (B), párr. 325, pág. 79.

¹⁵⁰ Id., párr. 326, pág. 79.

¹⁵¹ Id., párr. 327, pág. 79.

¹⁵² Id., párrs. 327 a 334, págs. 79 a 82.

¹⁵³ Laudo, Cap. IV, Título 4, num. 4.3, literal (E), párr. 349, pág. 85.

Así expresa, en el párrafo 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 presentó 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 al 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”* (énfasis agregado).

65. Finalmente, en el Título 5 relativo a “Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal”¹⁵⁴, se expresa en el Laudo, en el párrafo 350 con que comienza ese Título, que “*En un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si ésta hubiera demostrado que los hechos que alegó, ‘de ser probados’, ‘podrían constituir’ una violación del Tratado....*”.

Con lo cual el Tribunal coincide con lo alegado por Iberdrola en el sentido de que, a los efectos de resolver el tema de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal, no es necesario que se demuestren elementos suficientes para que el Tribunal decida preliminarmente si hay o no una efectiva violación a las normas del Tratado, sino que corresponde solamente comprobar que los hechos alegados, “*de ser ciertos*”, “*podrían*” constituir una violación a dichas normas.¹⁵⁵ (énfasis agregado).

Pero acto seguido (en el mismo párrafo 350) el Tribunal concluye que: “*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*” (énfasis agregado).

¹⁵⁴ Laudo, Cap. IV, Título 5, párrs. 350 y ss., págs. 85 y ss.

¹⁵⁵ Ver Laudo, párr. 269, pág. 66.

66. En los párrafos siguientes, donde se analiza esta conclusión, el Laudo vuelve a reiterar sustancialmente las afirmaciones ya adelantadas.

Así, por ejemplo, al expresar en el párrafo 353 que: *“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”*¹⁵⁶ (énfasis agregado).

Además afirma, en el párrafo 354, que *“tal como planteó la Demandante su reclamación en este caso, lo que pide al 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”*¹⁵⁷ (énfasis agregado).

Luego de lo cual el Tribunal concluye afirmando, en el párrafo 355, que: *“En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo al 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”*¹⁵⁸ (énfasis agregado).

67. A su vez, en el párrafo 358 dice el Tribunal que: *“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*

¹⁵⁶ Id., párr. 353, pág. 86.

¹⁵⁷ Id., párr. 354, pág. 86.

¹⁵⁸ Id., párr. 355, pág. 87.

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” ¹⁵⁹ (énfasis agregado).

Asimismo dice el Tribunal, en el párrafo 365, que: “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, a su criterio, una interpretación equivocada por parte del órgano regulador y del sistema judicial guatemalteco, que ahora pide a este Tribunal que revise” ¹⁶⁰ (énfasis agregado).

68. **Como vimos supra en el numeral 4.1.1.1 (i), párrafo 28, la decisión del Comité en mayoría dice:**

“La discusión entre las partes acerca de si el Tribunal se excedió negativamente de sus facultades radica, en esencia, sobre un asunto de interpretación del Laudo. Mientras Iberdrola sostiene que el Tribunal, para denegar su jurisdicción, habría asumido la tesis de que las cuestiones contractuales y regulatorias ‘per se’ excluyen cuestiones de derecho internacional (supra § 47), Guatemala señala que el Laudo en ningún caso asumió esa tesis, sino sólo caracterizó la demanda de Iberdrola como una que contiene alegaciones exclusivas de derecho interno guatemalteco (supra § 61) ¹⁶¹ (énfasis agregado).

Más específicamente, como vimos supra en el numeral 4.1.1.1 (i), párrafo 32, el Comité en mayoría concluye al respecto:

“De las citas anteriores se desprende que **la interpretación del Laudo que ha sostenido Iberdrola en su demanda de nulidad no es convincente. El Laudo no señala una incompatibilidad necesaria entre controversias de derecho doméstico o regulatorias y controversias de derecho internacional conforme al TBI. Iberdrola no pudo identificar con precisión en qué parte del Laudo el Tribunal habría afirmado**

¹⁵⁹ Laudo, Cap. IV, Título 5, párr. 358, pág. 88.

¹⁶⁰ Id., párr. 365, pág. 89.

¹⁶¹ Decisión del Comité en mayoría, párr. 81.

como una cuestión de principio que las disputas locales son excluyentes de las disputas internacionales que pueden ser conocidas bajo el TBI...; el Tribunal afirmó que ‘la 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’. Aunque dicho párrafo tiene cierta ambigüedad, interpretado en el contexto de todo el Laudo, es insuficiente para afirmar que el Tribunal defendía una tesis general como la alegada por Iberdrola; de hecho, si efectivamente el Tribunal hubiese considerado que el Tratado excluía como cuestión general las disputas regulatorias, hubiese sido innecesario el análisis particular de las violaciones alegadas” ¹⁶² (énfasis agregado).

También dice el Comité en mayoría:

“A mayor abundamiento, parece implausible que el Tribunal haya querido innovar tan radicalmente en la materia sin hacer expresa mención a ello y sin citar ninguna autoridad en su apoyo...” ¹⁶³ (énfasis agregado).

Y como vimos supra en el párrafo 33, finaliza el Comité en mayoría su conclusión expresando:

“Por lo tanto, la demanda de anulación de Iberdrola en esta materia constituye un cuestionamiento a una tesis general y abstracta para declinar jurisdicción, como es que el Tribunal asume que las cuestiones de derecho interno excluyen a las internacionales, tesis que no es sostenida por el Laudo” ¹⁶⁴ (énfasis agregado).

69. **Tampoco en este punto tengo el honor de compartir la Decisión del Comité en mayoría.**

Es cierto que Iberdrola afirma que el Tribunal Arbitral restringe indebidamente el acuerdo arbitral al excluir reclamaciones que incluyan diferencias de carácter técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del Derecho del Estado receptor diciendo, al

¹⁶² Id., párr. 86.

¹⁶³ Id., párr. 87.

¹⁶⁴ Id., párr. 89.

respecto, que “*Todo el análisis del Tribunal sobre su jurisdicción y competencia parte de una premisa errónea y sin apoyo en el Tratado: que una disputa ‘regulatoria y/o contractual’ basada en el Derecho local no puede dar lugar a una controversia bajo el Tratado*”, y que “*El Tribunal contrapone ‘disputas regulatorias y/o contractuales’ a ‘disputas bajo el Tratado’ como si fueran categorías antagónicas: una disputa solo puede ser una cosa u otra; una disputa regulatoria no puede conducir a una disputa bajo el Tratado*”.¹⁶⁵

70. Sin embargo, a mi juicio, es claro que esa afirmación de Iberdrola no es más que una discutible tesis o conclusión totalmente adjetiva y no sustancial, que carece de trascendencia e importancia, porque lo sustancial de las reclamaciones de Iberdrola está contenido en los argumentos concretos que esgrime para fundamentar la solicitud de anulación del Laudo, en base a los cuales formula esa discutible tesis o conclusión meramente adjetiva.

Argumentos estos que tienen valor por sí mismos independientemente de la corrección o incorrección de la mentada tesis o conclusión.

71. A pesar de ello, como vimos *supra* en los párrafos 32 y 68, la argumentación contenida en la Decisión del Comité en mayoría gira fundamentalmente, a mi juicio equivocadamente, sobre esa insustancial tesis o conclusión (que el Comité en mayoría califica de “*tesis general y abstracta*” y dice que no es sostenida por el Laudo).

Y aunque admite que el párrafo del Tribunal que afirma que la 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 “*tiene cierta ambigüedad*”, concluye que “*interpretado en el contexto de todo el Laudo, es insuficiente para afirmar que el Tribunal defendía una tesis general como la alegada por Iberdrola*”.

72. No comparto las conclusiones de mis colegas del Comité en mayoría, en primer término, porque –reitero– a mi juicio implican ignorar los argumentos concretos que, más allá de esa discutible e intrascendente tesis o conclusión meramente

¹⁶⁵ Memorial de Demanda de Anulación, Parte III, capítulo 6, nums. 6.1 y 6.1.1, párrs. 118 y 120, pág. 41.

adjetiva, Iberdrola formula en forma concreta para fundamentar sus reclamaciones.

73. **En segundo término, porque entiendo que corresponde relativizar la supuesta contundencia de la referida tesis o conclusión como punto central y decisivo de la fundamentación de Iberdrola.**

En efecto, a continuación de formular esa tesis o conclusión, Iberdrola sostiene que: *“En el Laudo este argumento discurre en distintas versiones, unas veces el Tribunal alega la naturaleza regulatoria de la disputa y otras veces se refiere al carácter técnico y financiero del debate emprendido por las partes que considera más propio de un arbitraje comercial internacional (¶ 353 del Laudo). Lo cierto es que el Tribunal determinó que las reclamaciones planteadas por Iberdrola eran un mero ‘debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado Demandado’ y que excluyó su competencia para decidir si se habían observado o infringido las protecciones a la inversión de Iberdrola ordenadas por el Tratado (¶ 353 del Laudo)”*.¹⁶⁶

74. **En tercer término, y aún más importante que eso, Iberdrola desarrolla extensamente en sendos capítulos 6.1 y 6.2 de su Memorial de Demanda de Anulación, referidos respectivamente a la extralimitación negativa de sus facultades por el Tribunal “por razones de jurisdicción” y “por razones de Derecho aplicable”¹⁶⁷, los argumentos concretos en que funda su reclamación por la causal de extralimitación de facultades.**

Entre otros argumentos, hace referencia al art. 11.1 del TBI y fundamenta su opinión respecto del alcance amplio que tiene el concepto de *“toda controversia relativa a las inversiones...respecto de cuestiones reguladas en el presente Acuerdo”*, entendiendo que atribuye competencia al Tribunal Arbitral para resolver cualquier reclamación por el tratamiento (sea legal, administrativo o judicial) dispensado por Guatemala que pueda entrañar un incumplimiento de las obligaciones de tratamiento de la inversión contenidas en el art. 3 y en el art. 5 del TBI.

También argumenta que es una *“cuestión regulada”* por el TBI el *“Derecho aplicable”* por el Tribunal, haciendo expresa referencia a su opinión de que el mismo está regulado concretamente en el art. 11.3 del TBI, de acuerdo con el cual el Tribunal deberá resolver las

¹⁶⁶ Id., párr. 121, pág. 42.

¹⁶⁷ Id., párrs. 104 a 239, págs. 37 a 75.

reclamaciones sobre la base de las disposiciones del TBI, el Derecho nacional de Guatemala pues es el derecho con el que el Estado receptor dispensa un determinado tratamiento a la inversión y, en su caso, de aquellos principios del Derecho internacional que pudieran ser aplicables. Y sostiene que cuando, como en este caso, una cláusula sobre Derecho aplicable combina una referencia al Derecho local y al Derecho internacional, el Tribunal tiene la obligación de examinar y aplicar ambos sistemas legales.

Argumenta asimismo que el Tribunal no hizo ninguna referencia al art. 11.3 del TBI, y le imputa sin fundamentarlo que ha planteado una cuestión de Derecho interno de Guatemala que no tiene facultades para resolver.

Sostiene también Iberdrola que la forma en que las autoridades de Guatemala interpretaron, aplicaron y modificaron su Derecho interno en el proceso de revisión tarifaria, que expuso extensamente discrepando con lo actuado por esas autoridades, fue el instrumento, el medio, utilizado por Guatemala para conseguir el fin propuesto de violar las obligaciones de protección de la inversión contenidas en los arts. 3 y 5 del TBI, lo cual expuso en el Memorial de Demanda del proceso de arbitraje.

Por otra parte, desarrolla el concepto de que la legalidad de un acto del Estado receptor de la inversión conforme a su propio Derecho nacional no afecta la legalidad o ilegalidad de ese acto conforme al Derecho internacional, ni obliga al tribunal internacional, que no se ve vinculado por ningún efecto de cosa juzgada de los tribunales nacionales.

75. **Esos son, a mi juicio, los argumentos fundamentales en los cuales corresponde centrar la atención para decidir si asiste razón a Iberdrola en su solicitud de anulación del Laudo.**

Y bien, con relación a las reclamaciones de Iberdrola referidas al “Derecho aplicable”, también se expresa en la Decisión en mayoría del Comité, según vimos *supra* en los párrafos 33, 35/36 y 39 a 43:

“A juicio del Comité, el Laudo declinó su jurisdicción porque consideró que la demandante no presentó un razonamiento claro y concreto sobre cuáles fueron los actos de imperio de Guatemala que en derecho internacional podrían constituir violaciones al Tratado. El Laudo ‘afirma’ que si bien Iberdrola se refirió a normas y estándares del Tratado, sus alegaciones consistían exclusivamente en diferencias

interpretativas del derecho doméstico guatemalteco. En definitiva, el Tribunal consideró que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia, porque la demanda de Iberdrola era calificable únicamente bajo la perspectiva del derecho interno, y el Tratado otorgaba jurisdicción sólo para el conocimiento de incumplimientos de derecho internacional” (énfasis agregado).

“Adicionalmente, Iberdrola también cuestiona las razones particulares esgrimidas por el Tribunal para caracterizar la disputa como una exclusiva de derecho doméstico no susceptible de ser sometida a jurisdicción internacional conforme a la interpretación del Artículo 11 del TBI. Planteada así la anulación invocada por Iberdrola con relación al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, la pregunta es hasta qué punto este Comité puede revisar el razonamiento del Tribunal para caracterizar el caso y, al mismo tiempo, qué tanta discrecionalidad tenía el Tribunal para ello”. Y al respecto, el Comité en mayoría expresa que ello es discutido y que en distintos Laudos se han adoptado posiciones diferentes. Conforme a una doctrina, que fue seguida en el caso *Vivendi I*, el tribunal debe calificar la demanda tal como le es presentada por el demandante, por lo que basta con que los demandantes invoquen normas sustantivas del Tratado, salvo que esa invocación aparezca *prima facie* implausible. En otros Laudos, en cambio, se han reconocido facultades más amplias al tribunal para calificar las alegaciones del demandante y, aun cuando los demandantes formalmente argumenten violaciones al tratado, el tribunal puede estimar que dichas alegaciones, en esencia, recaen únicamente sobre aspectos de derecho doméstico (*SGS c. Filipinas*, decisión de jurisdicción de 29 de enero de 2004, § 157).

Respecto del caso concreto objeto de decisión, el Comité en mayoría entiende que “En el Laudo indudablemente el Tribunal consideró que tenía las facultades para determinar la verdadera naturaleza de las alegaciones de Iberdrola. En efecto, pese a que Iberdrola invoca en su demanda incumplimientos directos del Tratado, el Tribunal estimó que esas alegaciones, en realidad, correspondían a unas de derecho doméstico (§ 88 supra)”. Y concluye que “El Comité considera que los Tribunales tienen facultades para calificar legalmente las peticiones de las partes, y que en este caso concreto el Tribunal actuó de manera exigente pero razonable...” (énfasis agregado).

Y luego explica el Comité en mayoría las razones que le llevan a esta conclusión: “En este caso, la decisión de calificar el caso presentado por Iberdrola como uno puramente local fue particularmente exigente. Es perfectamente concebible que otro Tribunal enfrentado a este mismo caso hubiese considerado que existían al menos ‘prima facie’ disputas relativas a los estándares de protección del TBI.¹⁶⁸ Con todo, la calificación exigente del Tribunal es defendible (§ 76 supra); sobre todo, porque el Laudo realiza tal caracterización del caso específicamente respecto de cada alegación de la parte demandante (Laudo, §§ 311-346) y hace referencia, en particular, a las peticiones concretas de Iberdrola (Laudo, § 354), cada una de las cuales es calificada como una petición de derecho doméstico (Laudo, § 356). La corrección de dicha calificación legal específica supone una cuestión de fondo que no corresponde revisar con ocasión de un recurso de anulación (supra § 77). En efecto, este Comité considera que el mecanismo de anulación no le permite revisar la pertinencia del razonamiento del Laudo” (énfasis agregado).

76. En nota a pie de página N° 54 del párrafo 94 el Comité en mayoría aclara que “la suficiencia de este razonamiento será analizada a propósito de la discusión relativa al artículo 52(1)(e) (§§ 124 a 133 infra)”.

Como dije supra en el párrafo 37, si bien se trata de una fundamentación complementaria de la realizada con respecto al tema de la extralimitación de facultades del Tribunal prevista en el art. 52(1)(b) del Convenio CIADI (que estamos aquí considerando), en virtud de que la extralimitación puede darse también por falta de una debida y suficiente motivación del Laudo, y a fin de respetar el orden del razonamiento del Comité en mayoría, consideraré esa fundamentación infra en el capítulo 4.3 relativo a la causal de anulación de falta de motivación de la decisión del Tribunal prevista en el art. 52(1)(e) del Convenio.

¹⁶⁸ “Por esta razón el Comité también considera que la condena a Iberdrola a pagar los costos del procedimiento original es excesiva, sin embargo, atendido el carácter discrecional de la decisión sobre costos y el ámbito limitado de revisión que implica una anulación, este Comité no puede revisar de ninguna manera esta decisión del Tribunal. Ver infra §§ 145 a 148, para la decisión del Comité sobre las costas del procedimiento original y las de este procedimiento de anulación”.

77. Sin perjuicio de que el Comité en mayoría anuncia –como acabamos de ver- que la suficiencia de su razonamiento será analizada más adelante a propósito de la discusión relativa al artículo 52(1)(e), cabe señalar que aquí el Comité en mayoría agrega: “Con todo, el Comité en el caso Soufraki también afirmó que un error en la aplicación del derecho puede ser de tal gravedad que equivalga a la no aplicación del derecho relevante.¹⁶⁹ Por eso, es necesario que el Comité revise lo que el Tribunal efectivamente analizó y argumentó, más que lo que el Tribunal declara haber hecho. La sola afirmación por parte del Tribunal de que está aplicando el derecho relevante o la falta de esa afirmación no puede ser suficiente para decidir el asunto”¹⁷⁰ (énfasis agregado), así como que “Es particularmente difícil, sin comprometer la distinción entre anulación y apelación determinar el límite entre un error tan grave que suponga dejar sin aplicación el derecho relevante y un error de apreciación que no da lugar a la nulidad...”¹⁷¹ (énfasis agregado)

Y también dice el Comité en mayoría: “De acuerdo al Artículo 42 del Convenio CIADI el Tribunal tiene la obligación de decidir la diferencia de conformidad con las normas de derecho acordadas por las partes. En este caso particular el acuerdo de las Partes se encuentra en el Artículo 11.3 del TBI, que dispone que debe aplicarse el derecho del Estado receptor de la inversión, es decir, Guatemala en este caso. Por lo tanto, para que el Tribunal fallara la disputa presentada por Iberdrola debía aplicar, además del TBI y el derecho internacional general, las disposiciones legales de Guatemala. En consecuencia, para la correcta resolución de la anulación en este punto es necesario responder la siguiente pregunta: ¿Qué derecho aplicó el Tribunal en su Laudo para determinar la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal?”¹⁷² (énfasis agregado).

Respondiendo a ese interrogante dice el Comité en mayoría: “El Laudo no se refiere de manera expresa al derecho aplicable ni hace referencia al Artículo 11.3 del TBI. El Tribunal no se pronuncia sobre el debate que existe entre las Partes respecto a la

¹⁶⁹ “Soufraki c. EAU, § 86”.

¹⁷⁰ Laudo, párr. 97.

¹⁷¹ Id., párr. 98.

¹⁷² Id., párr. 99.

correcta aplicación del derecho de Guatemala; es más, declara que esa controversia se encuentra fuera del ámbito de su competencia”¹⁷³ (énfasis agregado).

No obstante estas comprobaciones, el Comité en mayoría concluye a continuación sin solución de continuidad: “Sin embargo, el Tribunal consideró que la disputa presentada por Iberdrola se encontraba fuera de su competencia porque era una disputa exclusiva de derecho doméstico guatemalteco (Laudo, §§ 322, 325, 330, 350-352, 354, 356, 359 y 365). Para hacer esta distinción el Tribunal ‘debió aplicar necesariamente’, al menos prima facie, el derecho guatemalteco y también el derecho internacional. En efecto, la afirmación del Tribunal relativa a que el caso de Iberdrola es puramente doméstico ‘supone necesariamente’ una instancia de aplicación del derecho guatemalteco. Correlativamente, afirmar que el caso de Iberdrola no trataba de materias reguladas en el TBI, ‘es también un forma de aplicación del derecho internacional’”¹⁷⁴ (énfasis agregado).

Por último, el Comité en mayoría reafirma su conclusión diciendo: “De esta manera, la aplicación del test prima facie de jurisdicción racione materiae ‘supone e implica’ la aplicación del derecho guatemalteco e internacional en las partes que resulten relevantes.”¹⁷⁵ Con todo, ‘no fue necesario que el Tribunal realizara una aplicación más profunda del derecho guatemalteco y del derecho internacional, porque entendió que no tenía jurisdicción para ello’. Por lo tanto, ‘el Tribunal sí aplicó el derecho relevante’, aunque fuera para calificar la disputa como una de derecho nacional, lo que le llevó a concluir que se trataba de un asunto para el que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia”¹⁷⁶ (énfasis agregado).

78. **Tampoco tengo el honor de compartir estas conclusiones del Comité en mayoría. En efecto, de los párrafos del Laudo transcritos *supra* en los párrafos 62 a 67 se deduce, a mi juicio con claridad, que el Laudo dice que una violación del Tratado sólo puede basarse en el “derecho internacional” (lo cual como se vio repite en forma reiterada), al punto que cuando hace referencia a las reclamaciones de Iberdrola basadas en que la interpretación y aplicación que hicieron las**

¹⁷³ Id., párr. 100.

¹⁷⁴ Id., párr. 101.

¹⁷⁵ “La aplicación efectiva del test prima facie por el Tribunal fue discutida por las partes. Ver §§ 59 y 67 *supra*”.

¹⁷⁶ Id., párr. 102.

autoridades de Guatemala de las normas jurídicas internas aplicables para la revisión de las tarifas eléctricas del período 2008-2013 implicaron una violación de los estándares de protección del Tratado incluidos en sus arts. 5 y 3, el Tribunal dice y reitera que Iberdrola carece de razón porque “*retoma la discusión a la luz de la ley guatemalteca*”, porque basa sus reclamos “*a la luz de las normas guatemaltecas*” y “*basada en el derecho de Guatemala*”, que se “*centra en las diferencias de interpretación de la normas guatemaltecas*”, que se limitó a plantear “*una controversia de derecho nacional guatemalteco*”, y otras expresiones de similar tenor.

79. Sin embargo, como acabamos de ver *supra* en el párrafo 77, el propio Comité en mayoría dice que: “*De acuerdo al Artículo 42 del Convenio CIADI el Tribunal tiene la obligación de decidir la diferencia de conformidad con las normas de derecho acordadas por las partes. En este caso particular el acuerdo de las Partes se encuentra en el Artículo 11.3 del TBI, que dispone que debe aplicarse el derecho del Estado receptor de la inversión, es decir, Guatemala en este caso*”.

Y como bien alega Iberdrola, “*cuando, como en este caso, una cláusula sobre Derecho aplicable combina una referencia al Derecho local y al Derecho internacional (en forma de disposiciones del tratado y normas, en su caso, del Derecho internacional general), el Tribunal tiene la obligación de examinar y aplicar ambos sistemas legales*”¹⁷⁷ (subrayado en el original), citando en nota a pie de página N° 114 Laudos de Tribunales Arbitrales y Decisiones de Comités *ad hoc* de Anulación que sustentan esta tesisura.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Memorial de Demanda sobre Anulación, Parte III, capítulo 6, título 6.2, párr. 221, pág. 70.

¹⁷⁸ Id., págs. 70/71: casos *Benvenuti and Bonfand Srl v. The Government of the Peoples’s Republic of the Congo*, I ICSID Reports 349, Laudo, 15 de agosto de 1980, # 4.2 (**Anexo IBDJ-036**); *Klöckner Industries-Analagen Gmbff and others v. United Republic of Cameroon and Societé Camerounaise des Engrais S.A.*, 2 ICSID Reports 95, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985, # 69 (**Anexo IBDJ-037**); *Amco I*, #21(**Anexo IBDJ-035**); *Societé Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal*, Laudo de 25 de febrero de 1988, 2 ICSID Report 221 (**Anexo IBDJ-038**).

Particular mención hace Iberdrola en su Memorial de Réplica ¹⁷⁹, a mi juicio acertadamente, a lo expresado por el Comité de anulación en el caso *Klöckner I* ¹⁸⁰ con relación al art. 42 del Convenio CIADI, cuyas palabras considera igualmente aplicables al art. 11.3 del Tratado: *“This gives these [international] principles (perhaps omitting cases in which it should be ascertained whether the domestic law conforms to international law) a dual role, that is ‘complementary’ (in the case of a ‘lacuna’ in the law of the State), or ‘corrective’, should be the State’s law not conform on all points to the principles of international law. ‘In both cases’, the arbitrators may have recourse to the ‘principles of international law’ only ‘after’ having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to ‘one’ principle, even a basic one) and ‘after’ having applied the relevant rules of the State’s law”* (énfasis agregado).

80. No obstante, el Tribunal desconsidera todas las alegaciones que realizó Iberdrola respecto a que la forma –en su opinión incorrecta- en que las autoridades de Guatemala interpretaron y aplicaron sus normas de Derecho interno en el proceso de revisión tarifaria, implicó una violación de los estándares de protección del Tratado contenidos en sus arts. 5 y 3, expresando el Tribunal –según se vio- como único argumento, que Iberdrola no se basó en ninguna norma de “*derecho internacional*”, imputándole además que pretendió “*etiquetar*” como violatoria del Tratado una disputa regulatoria de mero derecho interno.

Pero en ningún momento hace referencia en el Laudo a que el art. 11.3 del Tratado y el art. 42.1 del Convenio CIADI disponen que para la resolución de la controversia el Tribunal debe aplicar las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de este acuerdo, las normas del derecho interno del Estado de la inversión (en el caso, las normas del derecho interno de Guatemala) y, además, las del derecho internacional que pudieran resultar aplicables.

¹⁷⁹ Memorial de Réplica de Anulación, Parte III, Capítulo 7, Título 7.3, párr. 291, pág. 81.

¹⁸⁰ *Klöckner Industries-Analagen Gmbff and others v. United Republic of Cameroon and Societé Camerounaise des Engrais S.A.*, Caso CIADI N° ARB/81/2 (Procedimiento de Anulación), Decisión de Anulación, 3 de mayo de 1985, (“*Klöckner I*”), # 69 (Anexo IBDJ-037).

El Tribunal, en el razonamiento que conduce a sus conclusiones, simplemente hace caso omiso de las disposiciones de ambos tratados sobre la aplicabilidad del derecho interno del Estado donde se radica la inversión, en el caso Guatemala.

81. Esa total desconsideración de las disposiciones de ambos tratados relativas a la aplicabilidad al caso de las normas del derecho interno guatemalteco, determina que las conclusiones del Tribunal carezcan absolutamente de la debida y suficiente motivación, con lo cual se configura, a mi juicio, en primer término, la causal de anulación por “*manifiesta extralimitación negativa de facultades*” del Tribunal en su vertiente del “*Derecho aplicable*”.

Extralimitación que, a mi parecer, es “*manifiesta*” por resultar obvia, clara y evidente en tanto basta leer el texto de los arts. 11. 3 del Tratado y 42.1 del Convenio CIADI para ver que el derecho interno de Guatemala es incorporado en el texto de ambos tratados, junto con las normas y principios de derecho internacional que pudieran resultar aplicables, como la base de conformidad a la cual el Tribunal debe decidir las diferencias entre las Partes, y en tanto dicha extralimitación es de una notoria gravedad o materialidad y trascendencia para el resultado del caso.

Y en segundo término, también se configura a mi juicio –simultáneamente- la causal de anulación por “*falta de expresión de los motivos*” en que se funda el Laudo.

82. A mi criterio no son compartibles las consideraciones del Comité en mayoría cuando entiende que, pese a que Iberdrola invoca en su demanda incumplimientos directos del Tratado, “en el Laudo indudablemente el Tribunal consideró que tenía las facultades para determinar la verdadera naturaleza de las alegaciones de Iberdrola”, que “el Tribunal estimó que esas alegaciones, en realidad, correspondían a unas de derecho doméstico”, y que “el Comité considera que los Tribunales tienen facultades para calificar legalmente las peticiones de las partes, en función de lo cual concluye que en este caso concreto el Tribunal actuó de manera exigente pero razonable” y que “la calificación exigente del Tribunal es defendible” (énfasis agregado).

Si bien es cierto que los Tribunales tienen facultades para calificar legalmente las peticiones de las partes, también es cierto que para hacerlo deben explicar clara y suficientemente los motivos en que se basa esa calificación (en rigor “recalificación”).

Esas facultades de los Tribunales no son irrestrictas, sino que se enmarcan en el concepto de “*discrecionalidad*” que, como vimos *supra* en los párrafos 13 y 14, es un principio general de derecho en las naciones civilizadas y, por tanto, un “*principio general de derecho internacional*” que deben aplicar los Tribunales Arbitrales y los Comités *ad hoc* de Anulación en el ámbito del Convenio CIADI.

Como también vimos, es sabido que la “*discrecionalidad*” implica libertad para elegir entre dos o más soluciones, todas ellas igualmente justas y válidas a la luz del Derecho, siendo en ejercicio de facultades discrecionales donde –precisamente- la exigencia de la motivación tiene mayor importancia. Porque si la discrecionalidad importa la libertad de elección entre dos o más soluciones igualmente justas y válidas, al haber escogido una, es deber ineludible de quien decide en ejercicio de esa discrecionalidad justificar suficientemente el porqué de tal elección y –paralelamente- el porqué de la eliminación de las otras soluciones.

En última instancia, la motivación es la materialización de la interdicción de la “*arbitrariedad*”. De donde se deduce que la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad cuando la decisión no está debida y suficientemente motivada, para la evaluación de lo cual es preciso aplicar el criterio rector de la “*razonabilidad*”.

Como bien dice W. Michael Reisman ¹⁸¹: “*Reasons are important to the legitimacy of the decision. The obligation to give a reasoned award is a guarantee that the Tribunal has not decided in an arbitrary manner*” (énfasis agregado).

Y a mi juicio, en el caso concreto, el Tribunal no actuó –como se sostiene en la Decisión del Comité en mayoría- de manera exigente pero “*razonable*”, en tanto no

¹⁸¹ Reisman, W. Michael, Reflections on the Control Mechanism of the ICSID System, The Review of International Arbitral Awards, IAI Series N° 6 (E. Gaillard ed., 2010), pág. 232 (Anexo IBDJ-050).

motivó en absoluto su decisión de “recalificar” las alegaciones de Iberdrola a lo que entendió que era su “verdadera naturaleza”. Por consiguiente, entiendo que la posición del Tribunal no es “defendible”.

83. Adicionalmente, entiendo que no es defendible por la razón invocada por el Comité en mayoría en el sentido de que “el Laudo realiza tal caracterización del caso específicamente respecto de cada alegación de la parte demandante (Laudo, §§ 311-346) y hace referencia, en particular, a las peticiones concretas de Iberdrola (Laudo, § 354), cada una de las cuales es calificada como una petición de derecho doméstico (Laudo, § 356)”.

Como vimos *supra* en los párrafos 62 a 67 y 76 a 78, la recalificación que hace el Tribunal de cada alegación de Iberdrola se basa, precisamente, en la mera afirmación de que lo que plantea es exclusivamente “una controversia de derecho nacional guatemalteco”, sin motivar en absoluto esa afirmación y sin siquiera mencionar que el art. 11. 3 del Tratado y el art. 42.1 del Convenio CIADI establecen que es aplicable en la especie el derecho interno del país donde se radica la inversión.

84. Tampoco concuerdo con el criterio del Comité en mayoría cuando expresa que “la corrección de dicha calificación legal específica supone una cuestión de fondo que no corresponde revisar con ocasión de un recurso de anulación”, así como que “el mecanismo de anulación no le permite [al Comité] revisar la pertinencia del razonamiento del Laudo” (énfasis agregado).

Si bien el Comité no puede revisar la pertinencia o corrección del Laudo, sí tiene por función específica, que constituye su propia razón de ser, la importante tarea de determinar si se ha configurado una o más de las causales de anulación que prevé el art. 52 del Convenio CIADI, entre las cuales tiene un rol preponderante la “no expresión de los motivos” en que se funda el Laudo, con el significado y alcance que tiene dicha causal de anulación, según vimos extensamente *supra* en capítulo III.

Como allí vimos, la falta de motivación también comprende, como lo han dicho muchos Comités *ad hoc* de Anulación, a los motivos “*insuficientes*” o “*inadecuados*” y hasta la falta de “*coherencia*” del razonamiento del Tribunal.

Y en el tema específico que nos ocupa, no estamos siquiera ante una motivación insuficiente, inadecuada o incoherente del Tribunal, sino ante un caso de ausencia total de motivación.

85. Finalmente, como también vimos supra en el párrafo 77, el Comité en mayoría dice que: “El Laudo no se refiere de manera expresa al derecho aplicable ni hace referencia al Artículo 11.3 del TBI. El Tribunal no se pronuncia sobre el debate que existe entre las Partes respecto a la correcta aplicación del derecho de Guatemala; es más, declara que esa controversia se encuentra fuera del ámbito de su competencia” (énfasis agregado).

No obstante estas comprobaciones –como vimos- el Comité en mayoría concluye a continuación, sin solución de continuidad: “Sin embargo, el Tribunal consideró que la disputa presentada por Iberdrola se encontraba fuera de su competencia porque era una disputa exclusiva de derecho doméstico guatemalteco (Laudo, §§ 322, 325, 330, 350-352, 354, 356, 359 y 365)”.

Y agrega: “Para hacer esta distinción el Tribunal ‘debió aplicar necesariamente’, al menos prima facie, el derecho guatemalteco y también el derecho internacional. En efecto, la afirmación del Tribunal relativa a que el caso de Iberdrola es puramente doméstico ‘supone necesariamente’ una instancia de aplicación del derecho guatemalteco. Correlativamente, afirmar que el caso de Iberdrola no trataba de materias reguladas en el TBI, ‘es también un forma de aplicación del derecho internacional’ ” (énfasis agregado).

Por último, el Comité en mayoría reafirma su conclusión diciendo: “De esta manera, la aplicación del test prima facie de jurisdicción racione materiae ‘supone e implica’ la aplicación del derecho guatemalteco e internacional en las partes que resulten relevantes.”¹⁸² Con todo, ‘no fue necesario que el Tribunal realizara una aplicación más

¹⁸² “La aplicación efectiva del test prima facie por el Tribunal fue discutida por las partes. Ver §§ 59 y 67 supra”.

profunda del derecho guatemalteco y del derecho internacional, porque entendió que no tenía jurisdicción para ello'. Por lo tanto, 'el Tribunal sí aplicó el derecho relevante', aunque fuera para calificar la disputa como una de derecho nacional, lo que le llevó a concluir que se trataba de un asunto para el que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia" (énfasis agregado).

86. **A mi juicio, el Comité en mayoría, en lo que a su entender es una interpretación del Laudo, lo que en realidad está haciendo es conjeturar sobre cuál puede haber sido el razonamiento del Tribunal, "llenando las lagunas existentes en Laudo sustituyendo el razonamiento del Tribunal por el suyo propio", lo que según vimos supra en el párrafo 13 entiendo que no es pertinente.**

El Comité en mayoría ingresa, a mi juicio equivocadamente, a realizar conjeturas relativas a lo que Taruffo denomina acertadamente –según vimos supra en el párrafo 22- el “razonamiento decisorio” del Tribunal, por contraposición con el “razonamiento justificativo” o “motivación de la sentencia” (en el caso, “motivación del Laudo”), que es el equivalente judicial del “context of discovery” de que hablaba Wasserstrom por oposición al “context of justification” (partiendo de la distinción notoria entre los epistemólogos entre la decisión y la justificación).

Como vimos supra, dice Taruffo –a mi juicio con una contundencia irrefutable- “la única parte del razonamiento del juez que se puede analizar concretamente es la motivación de la sentencia”, en tanto los mecanismos psicológicos que han tenido lugar en la mente del juez no le interesan a nadie (y en el caso de las sentencias colegiadas el que escribe la motivación no tiene la posibilidad de describir ni conocer los procedimientos mentales de todos los que participaron en la deliberación). “Lo que se le exige al juez –concluye con acierto el autor- es exponer los argumentos en función de los cuales el observador externo (las partes, los abogados, los otros jueces, la opinión pública) puede considerar que esa decisión está fundada tanto lógicamente como jurídicamente”. Y concluye -a mi juicio con certera precisión- que “si este razonamiento no está expresado en la motivación, nadie sabrá nada de él y la sentencia que no esté motivada, o que lo esté de mala manera, carecerá en todo caso de una justificación apreciable”.

87. A mi entender, las consideraciones del Comité en mayoría respecto a que el Tribunal “*debió aplicar necesariamente*” el derecho guatemalteco, que la afirmación del Tribunal relativa a que el caso de Iberdrola es puramente doméstico “*supone necesariamente*” una instancia de aplicación del derecho guatemalteco, que la aplicación del test *prima facie* de jurisdicción *ratione materiae* “*supone e implica*” la aplicación del derecho guatemalteco, y que por lo tanto “*el Tribunal sí aplicó el derecho relevante*”, se ven claramente desmentidas por las consideraciones del Laudo que se transcriben *supra* en los párrafos 62 a 67.

En efecto, de esas consideraciones surge, a mi juicio con claridad como lo expresé *supra* en el párrafo 78, que el Tribunal concibe que una violación del Tratado sólo puede basarse en el “*derecho internacional*” (lo cual como se vio repite en forma reiterada), al punto que cuando hace referencia a las reclamaciones de Iberdrola basadas en que la interpretación y aplicación que hicieron las autoridades de Guatemala de las normas jurídicas internas aplicables para la revisión de las tarifas eléctricas del período 2008-2013 implicaron una violación de los estándares de protección del Tratado incluidos en sus arts. 5 y 3, el Tribunal dice y reitera que Iberdrola carece de razón porque “*retoma la discusión a la luz de la ley guatemalteca*”, porque basa sus reclamos “*a la luz de las normas guatemaltecas*” y “*basada en el derecho de Guatemala*”, que se “*centra en las diferencias de interpretación de la normas guatemaltecas*”, que se limitó a plantear “*una controversia de derecho nacional guatemalteco*”, y otras expresiones de similar tenor.

Más aun cuando en el Laudo no se hace referencia en absoluto al art. 11.3 del Tratado ni al art. 43.1 del Convenio CIADI, que establecen a texto expreso que corresponde aplicar el Derecho interno del Estado donde se radica la inversión.

En resumen, a mi juicio los argumentos del Comité en mayoría que estamos comentando son consideraciones conjeturales respecto de cuál puede haber sido el razonamiento del Tribunal, “*llenando las lagunas existentes en el Laudo sustituyendo el razonamiento del Tribunal por el suyo propio*”, que además tienen relación con el “*razonamiento decisorio*” del Tribunal y no con el “*razonamiento justificativo*” del mismo o “*motivación del Laudo*”. Razón por la cual entiendo que

no justifican la carencia total de referencia en que incurre el Laudo a la aplicabilidad del Derecho interno de Guatemala.

88. También entiendo que el Comité en mayoría incurre en el mismo error conceptual cuando expresa, en el párrafo 87 de su Decisión, para reforzar su conclusión de que las reclamaciones de Iberdrola tienen como base exclusiva (o al menos fundamental) la existencia en una incompatibilidad necesaria o de principio entre controversias de derecho doméstico o regulatorias y controversias de derecho internacional conforme al TBI, sostiene que “a mayor abundamiento, parece implausible que el Tribunal haya querido innovar tan radicalmente en la materia sin hacer expresa mención a ello y sin citar ninguna autoridad en su apoyo...” (según vimos *supra* en el párrafo 68).
89. Finalmente, como vimos *supra* en el párrafo 66, en el párrafo 355 del Laudo se afirma que: “En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo al 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” (énfasis agregado).

A mi juicio, aparte de que el Tribunal no motiva debida y suficientemente dicha afirmación, incurre en la omisión de ni siquiera considerar que -como lo han dicho decisiones de Comités *ad hoc* citados por Iberdrola¹⁸³- la legalidad de un acto del Estado receptor de la inversión conforme a su propio derecho nacional no afecta a la legalidad o ilegalidad de ese acto conforme al derecho internacional, ni obliga al tribunal internacional, que no se ve vinculado por ningún efecto de cosa juzgada de las decisiones de los tribunales nacionales.

Adicionalmente, y al margen e independientemente de la imputación de Iberdrola de que la tesis del Tribunal equivale a introducir en el Tratado una cláusula de elección de vías (“*fork in the road*”) que no existe¹⁸⁴ y de la posición de Guatemala de que la

¹⁸³ Memorial de Demanda de Anulación, Capítulo 6, num. 6.2, párrs. 230 y ss., págs. 73 y ss.

¹⁸⁴ Memorial de Réplica de Anulación, Parte III, Capítulo 7, num. 7.2.2, lit. B, párrs. 251 y ss., págs. 71 y ss.

decisión del Tribunal no tiene que ver con una cláusula de ese tipo ¹⁸⁵ (cuestión de mérito sobre la cual entendemos que no corresponde que el Comité se pronuncie), lo cierto es que, como también dice Iberdrola, **el Tribunal presupone que EEGSA e Iberdrola son la misma persona cuando en rigor son personas jurídicas distintas, sin analizarlo en ningún momento ni indicar una sola razón jurídica que le permita imputar a Iberdrola las acciones de EEGSA ante los tribunales locales guatemaltecos, cuestiones sobre las cuales no hay en el Laudo ni una sola decisión expresa ni motivación alguna.**

Y por último, la tajante afirmación que se realiza en el Laudo de que el planteo de Iberdrola tiene por finalidad que **“a partir de esa decisión de este Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado”**, además de constituir una mera conjetura del Tribunal carente de toda motivación, es una acusación gratuita que carece por completo de razonabilidad y coherencia.

(D) **La extralimitación por razones del “Derecho aplicable” (continuación: la supuesta falta de concreción de los actos de Guatemala que podrían constituir violaciones del Tratado)**

90. Por otra parte -como vimos *supra* en el literal (C) - en el Laudo se afirma, en el literal (A) del numeral 4.3 a propósito de la alegación relativa a la expropiación indirecta en base al art. 5 del Tratado, en el párrafo 321, que **“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”** (énfasis agregado). ¹⁸⁶

En dicho literal (A) también se afirma, en el párrafo 323, que **“la Demandante en ningún momento presenta un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son los actos**

¹⁸⁵ Memorial de Contestación de Anulación, cap. IV, título D, num. 3, párr 179 a 181, págs. 73/74.

¹⁸⁶ Vé. *supra* párrafo 60.

o las conductas que, según el derecho internacional y no solamente de acuerdo con el derecho local, podrían constituir actos de expropiación” (énfasis agregado).

Similares consideraciones se realizan en el Laudo en el literal (B) respecto de la violación del estándar de trato justo y equitativo del art 3. del Tratado.

Como también vimos, en el literal (E) relativo a “Conclusiones sobre las alegaciones de los estándares” se reitera en el Laudo, en el párrafo 349, la afirmación de que “Más allá de etiquetar las actuaciones de la Demandada, la Demandante no presentó 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 al Tratado” (énfasis agregado).¹⁸⁷

Finalmente, como también vimos, en el Título 5 relativo a “Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal”, el Laudo, luego de expresar, en el párrafo 350, que “el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si ésta [la Demandante] hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado”, concluye afirmando que “la Demandante no demostró esa premisa básica y se limitó a someter a la consideración del Tribunal una controversia de derecho nacional guatemalteco” (énfasis agregado).¹⁸⁸

Y más adelante reitera, en el párrafo 358, que “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” (énfasis agregado).¹⁸⁹

91. **Como vimos *supra* en los párrafos 33 y ss. y también en el párrafo 74, en la Decisión del Comité en mayoría se expresa respecto de estas afirmaciones del**

¹⁸⁷ Vé. *supra* párrafo 62.

¹⁸⁸ Vé. *supra* párrafo 63.

¹⁸⁹ Vé. *supra* párrafo 65.

Laudo: “A juicio del Comité, el Laudo declinó su jurisdicción porque consideró que la demandante no presentó un razonamiento claro y concreto sobre cuáles fueron los actos de imperio de Guatemala que en derecho internacional podrían constituir violaciones al Tratado. El Laudo ‘afirma’ que si bien Iberdrola se refirió a normas y estándares del Tratado, sus alegaciones consistían exclusivamente en diferencias interpretativas del derecho doméstico guatemalteco. En definitiva, el Tribunal consideró que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia, porque la demanda de Iberdrola era calificable únicamente bajo la perspectiva del derecho interno, y el Tratado otorgaba jurisdicción sólo para el conocimiento de incumplimientos de derecho internacional”¹⁹⁰ (énfasis agregado).

El Comité en mayoría también expresa: “Adicionalmente, Iberdrola también cuestiona las razones particulares esgrimidas por el Tribunal para caracterizar la disputa como una exclusiva de derecho doméstico no susceptible de ser sometida a jurisdicción internacional conforme a la interpretación del Artículo 11 del TBI. Planteada así la anulación invocada por Iberdrola con relación al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, la pregunta es hasta qué punto este Comité puede revisar el razonamiento del Tribunal para caracterizar el caso y, al mismo tiempo, qué tanta discrecionalidad tenía el Tribunal para ello”.¹⁹¹

Y luego de explicar que ello es discutido y que en distintos Laudos se han adoptado posiciones diferentes, expresa que “En este caso, la decisión de calificar el caso presentado por Iberdrola como uno puramente local fue particularmente exigente. Es perfectamente concebible que otro Tribunal enfrentado a este mismo caso hubiese considerado que existían al menos ‘prima facie’ disputas relativas a los estándares de protección del TBI.”¹⁹² Con todo, la calificación exigente del Tribunal es defendible (§ 76 supra); sobre todo, porque el Laudo realiza tal caracterización del caso específicamente respecto de cada alegación de la parte demandante (Laudos, §§ 311-346) y hace referencia, en particular, a las peticiones concretas de Iberdrola (Laudos, §

¹⁹⁰ Decisión del Comité en mayoría, párr. 88.

¹⁹¹ Id., párr. 90.

¹⁹² “Por esta razón el Comité también considera que la condena a Iberdrola a pagar los costos del procedimiento original es excesiva, sin embargo, atendido el carácter discrecional de la decisión sobre costos y el ámbito limitado de revisión que implica una anulación, este Comité no puede revisar de ninguna manera esta decisión del Tribunal. Ver infra §§ 145 a 148, para la decisión del Comité sobre las costas del procedimiento original y las de este procedimiento de anulación”.

354), cada una de las cuales es calificada como una petición de derecho doméstico (Laudo, § 356)".¹⁹³

92. **Nuevamente debo decir que no concuerdo con las conclusiones del Comité en mayoría.**

Sin perjuicio y además de que, como se vio anteriormente, el Laudo basa sus afirmaciones en la no motivada inaplicabilidad del derecho interno de Guatemala, el Tribunal se limita a realizar meras afirmaciones al decir que no encontró ninguna concreción por parte de la Demandante de los actos de Guatemala que podrían constituir una expropiación bajo el Tratado; que ésta no presentó un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son los actos de imperio de la República de Guatemala que podrían constituir violaciones al Tratado; que el debate de derecho internacional que se dio durante el proceso fue meramente teórico; que 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 podrían haber sido considerados violaciones de sus derechos según el Tratado; y que por consiguiente no demostró la “*premisa básica*” de que los hechos que alegó, “*de ser probados*”, “*podrían constituir una violación*” del Tratado.

93. **Estas terminantes y conclusivas afirmaciones del Tribunal, a mi juicio, carecen ostensiblemente de una debida y suficiente motivación.**

En efecto, Iberdrola dedicó una parte muy importante y extensa de sus escritos a realizar la conexión existente entre la interpretación y aplicación efectuada por Guatemala de sus normas de derecho interno relativas al procedimiento de revisión tarifaria y la violación que la misma implicó –a su entender- de las normas protectoras del Tratado contenidas en sus arts. 3 y 5. Así lo advierte Iberdrola en su Memorial de Demanda de Anulación, al decir que la actuación de las autoridades de Guatemala en base a su interpretación de las normas de su derecho interno están expuestas en la primera parte de su Memorial de Demanda en el arbitraje, y que en la segunda parte relacionó esos hechos con las obligaciones de protección de la inversión, en particular con los arts. 3 y 5 del Tratado, y concluyó

¹⁹³ Id., párr. 94.

que violaban el Tratado.¹⁹⁴ Y agregó que ello ocupa unas trescientas páginas de análisis en los Memoriales presentados en el arbitraje.¹⁹⁵

94. Lo alegado por Iberdrola se confirma cuando se acude a la lectura de su Memorial de Demanda en el procedimiento de arbitraje, lo cual (como vimos *supra* en el capítulo III) es a mi entender totalmente válido en tanto es necesario para evaluar si las afirmaciones del Tribunal en el Laudo son razonables o plausibles – “*tenable*”- y si, en consecuencia, existe fundamento para considerar que en el caso concurre una de las causas de anulación del art. 52.1 del Convenio.

En la Primera Parte de ese Memorial (Capítulos 1 a 8)¹⁹⁶ se desarrollan en forma extensa las normas de derecho interno de Guatemala aplicables y la interpretación y aplicación que de las mismas realizaron sus autoridades, así como las críticas y opiniones de Iberdrola respecto de esa interpretación y de lo actuado por las autoridades guatemaltecas; y en la Segunda Parte (Capítulos 9 a 14, especialmente Capítulo 10 hasta el final)¹⁹⁷ se desarrollan, también en forma extensa, las disposiciones del Tratado en cuya violación habría incurrido Guatemala en opinión de Iberdrola, con indicación expresa de las acciones de sus autoridades relativas a la interpretación y aplicación de su derecho interno que habrían determinado la violación de las protecciones de los arts. 5 y 3 del Tratado.

Otro tanto ocurre cuando se acude a la lectura del Memorial de Réplica de Iberdrola en el procedimiento de arbitraje. En la Primera Parte (Capítulo 2)¹⁹⁸ se vuelve a considerar, nuevamente en forma extensa, el proceder de Guatemala contrario –en opinión de Iberdrola- a sus normas de derecho interno aplicables para la fijación de las tarifas eléctricas, y se responden argumentos al respecto realizados por Guatemala en su Memorial de Contestación; y en la Segunda Parte (Capítulos 3 a 10)¹⁹⁹ se vuelve a argumentar, también en forma extensa, cómo lo

¹⁹⁴ Memorial de Demanda de Anulación, Cap. 6, numeral 6.1.1, párr. 127, pág. 43.

¹⁹⁵ Id., párr. 132, pág. 45.

¹⁹⁶ Memorial de Demanda en el arbitraje, págs. 15 a 148.

¹⁹⁷ Id., págs. 149 a 230.

¹⁹⁸ Memorial de Réplica en el arbitraje, págs. 17 a 95.

¹⁹⁹ Id., págs. 96 a 243.

actuado por Guatemala implicó –en opinión de Iberdrola- violar cada uno de los derechos protegidos por el Tratado en sus arts. 5 y 3.²⁰⁰

95. A pesar de ese tratamiento extenso del tema realizado por Iberdrola, el Tribunal no se refiere en absoluto en el Laudo a los argumentos allí desarrollados ni, por tanto, efectúa un examen de los mismos –aunque más no fuere somero- para descartarlos o desacreditarlos, sino que se limita a realizar las afirmaciones genéricas que hemos visto líneas arriba para concluir que Iberdrola no demostró la “*premisa básica*” de su conclusión formulada en el párrafo 350, de que los hechos que alegó, “*de ser probados*”, “*podrían constituir una violación del Tratado*”.

Como a mi juicio lo señala con razón Iberdrola en su Memorial de Demanda de Anulación²⁰¹, el Tribunal podría considerar que los fundamentos expuestos por ella eran insuficientes o incorrectos, pero tenía el deber de motivarlo, como de hecho lo intenta Guatemala –con su interpretación al respecto- en su Memorial de Contestación sobre Anulación.²⁰²

96. Entiendo que también asiste razón a Iberdrola al decir que, cuando el Tribunal se limita a formular esas afirmaciones sin motivarlas ni acompañarlas de un razonamiento relativo a los argumentos presentados por ella explicando esas violaciones a los arts. 5 y 3 del Tratado, “*eso no es motivación, es simplemente aserción*”.²⁰³

Este argumento fue fundado por el Comité *ad hoc* del caso *Mine c. Guinea* citado por Iberdrola, al expresar que no contestar a cuestiones planteadas por las partes que pudiesen haber cambiado el resultado del laudo constituía una falta de motivación:

²⁰⁰ Dado que el Tribunal ha entendido que los Escritos Posteriores a la Audiencia son memoriales de conclusiones destinados a recapitular lo alegado y probado durante el transcurso del arbitraje, pero no son una nueva oportunidad para que las Partes reformulen sus peticiones o sus argumentos (párr. 347, págs. 84/85), lo cual dice que ha hecho Iberdrola, no considero –por lo menos en este momento- los argumentos desarrollados por Iberdrola en el correspondiente escrito.

²⁰¹ Memorial de Demanda de Anulación, Capítulo 8, num. 8.2.1, párr. 374, pág. 115.

²⁰² Memorial de Contestación sobre Anulación, Capítulo II, Título B, párrs. 41 a 54, págs. 18 a 24.

²⁰³ Memorial de Demanda de Anulación Capítulo 8, num. 8.2.2, párr. 389, pág. 122.

“Failure to address these questions constituted a failure to to state the reasons on which that conclusión was based”.²⁰⁴

No es suficiente que el Tribunal simplemente ignore los argumentos presentados por Iberdrola y se limite meramente a afirmar que no cumplió con aquella “premisa básica”.

97. **Por cierto que la alegación que pueda realizar la Demandada para contradecir los fundamentos expuestos por Iberdrola en el proceso del arbitraje, no suplen la motivación de su decisión que debió hacer y no hizo el Tribunal.**

Guatemala sostiene en su Memorial de Contestación²⁰⁵ que no es cierto que el Tribunal no aplicara el Tratado en la parte que era relevante a los efectos de determinar su jurisdicción, ya que interpretó y aplicó el art. 11.1 del mismo que es el que establece el tipo de reclamación sustantiva que se podía someter al Tribunal, y que *“para aplicar dicha disposición al caso concreto el Tribunal consideró las protecciones sustantivas del Tratado invocadas por Iberdrola, y si los argumentos, hechos y pruebas alegados por Iberdrola podían fundar una reclamación por violación de las mismas”*²⁰⁶, citando también otras partes del Laudo donde el Tribunal vuelve a referirse a las disposiciones del Tratado invocadas por Iberdrola.²⁰⁷ Y concluye que *“Por tanto, el Tribunal sí aplicó el Tratado, incluyendo las disposiciones sustantivas del mismo, invocadas por Iberdrola”* (énfasis agregado).

98. Sin embargo, a mi juicio tiene razón Iberdrola cuando, en su Memorial de Réplica, respondiendo a esa argumentación de Guatemala, expresa²⁰⁸: *“Desde luego eso es lo que el Tribunal debería haber hecho, pero no fue lo que hizo..., basta repasar todas y cada una de las citas que Guatemala hace del Laudo, para comprobar que en ninguna de las partes del Laudo que cita Guatemala el Tribunal ha analizado el contenido y alcance de los arts. 3 (estándares de tratamiento) y 5 (expropiación y medidas de efecto equivalente) del Tratado. El Tribunal no entró en la interpretación de las protecciones*

²⁰⁴ Id., párr. 390, pág. 122 - *Mine c. Guinea* # 6.99 (Anexo IBDJ-021).

²⁰⁵ Memorial de Contestación de Anulación, Capítulo IV, Título E, párr. 183, págs. 74/75.

²⁰⁶ En el Laudo, párrs. 320-346.

²⁰⁷ Laudo, párrs. 352-353, 355-359, 364, 366-367, 373.

²⁰⁸ Memorial de Réplica de Anulación, Parte III, Capítulo 7, Título 7.3, párrs. 284 y 285, pág. 79.

del Tratado ni en la delimitación del supuesto de hecho de esos dos artículos, pese a que fueron alegados, interpretados y analizados en su aplicación al caso por Iberdrola” (énfasis agregado). Y también le asiste razón cuando expresa a continuación que “En ninguna parte del Laudo encontrará tampoco el Comité una valoración de la prueba aportada por Iberdrola” (énfasis agregado).

99. **En definitiva, a mi juicio, por los fundamentos que he desarrollado, las meras afirmaciones genéricas contenidas en el Laudo constituyen un caso evidente de ausencia de motivación, que configuran nuevas causas suficientes para anular el Laudo, tanto por la causal de “extralimitación negativa manifiesta en sus facultades” por parte del Tribunal, como por la causal de “no haberse expresado en el Laudo los motivos en que se funda”, previstas en los literales (b) y (e) del art. 52.1 del Convenio CIADI.**
100. **La total ignorancia en el Laudo de los argumentos expresados por Iberdrola en fundamentación de sus reclamaciones y la ausencia total de interpretación de lo dispuesto por los arts. 3 y 5 del Tratado , se da de bruces, por otra parte, con la exigencia de la Regla de Arbitraje del CIADI N° 31 (3) que dispone que los memoriales de las Partes deberán contener “una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable y las peticiones”, requerimientos que luego singulariza para los memoriales de contestación, las réplicas y las dúplicas a fin de que en dichos escritos se responda a las observaciones realizadas por la parte contraria en sus escritos previos.**

Es totalmente lógico y razonable que se requiera a las Partes tan detallada fundamentación, lo cual garantiza la transparencia, seguridad y justicia del procedimiento de arbitraje, pero por ello mismo no es admisible que luego el Tribunal desestime los fundamentos expuestos por la parte Demandante ignorándolos por completo y en base a simples afirmaciones genéricas, sin hacer siquiera mención a ninguno de los extensos fundamentos expuestos a fin de explicar las razones que le llevan a descartarlos.

101. **En síntesis y a modo de conclusión, a mi juicio las carencias del Laudo que he expuesto en el presente numeral 4.1.1.2, literales (A), (B), (C) y (D), párrafos 44 a 100, son suficientes para concluir que se han configurado en el caso las causales anulatorias de “extralimitación manifiesta en sus facultades” por parte del**

Tribunal, así como también una “grave falta de motivación” de sus decisiones, que ameritan la anulación del Laudo por parte del Comité *ad hoc*.

102. Sin perjuicio de ello, entiendo que corresponde examinar, adicionalmente, una serie de aseveraciones que realiza el Tribunal en algunos de los párrafos que siguen a su conclusión contenida en el párrafo 350 del Laudo, tendientes a corroborar la misma.

Lo cual, como la mayoría de ellas tienen relación con el tema de la falta de motivación de la decisión del Tribunal, y a fin de respetar el orden del razonamiento del Comité en mayoría, consideraré esas aseveraciones *infra* en el capítulo 4.3 relativo a la causal de anulación de falta de motivación de la decisión del Tribunal prevista en el art. 52(1)(e) del Convenio.

4.2. Quebrantamiento grave de una regla fundamental de procedimiento (art. 52.1.d del Convenio CIADI)

4.2.1. Las consideraciones del Laudo que Iberdrola cuestiona

103. Como vimos en el numeral 4.1 precedente relativo a la extralimitación manifiesta del tribunal, el Laudo contiene un Título 3 relativo a “Análisis del Tribunal”²⁰⁹, un Título 4 sobre “Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral”²¹⁰, y un título 5 sobre “Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral”²¹¹, en los cuales el Tribunal desarrolla su propio análisis sobre las reclamaciones de Iberdrola.
104. En el Título 3 relativo a “Análisis del Tribunal”, éste “*resalta*”, “*como cuestión preliminar*”, que la Demandante en su Memorial planteó como “*pretensión principal*” que el Tribunal “*...declare que las acciones atribuibles a la República de Guatemala constituyen una expropiación indirecta según el artículo 5 del Tratado...*” y “*subsidiariamente... que declare que la República de Guatemala ha incumplido sus obligaciones de protección de la inversión de Iberdrola conforme al artículo 3 del*

²⁰⁹ Laudo, Cap. IV, Título 3, párrs. 280 y ss., págs. 68 y ss.

²¹⁰ Laudo, Cap. IV, Título 4, párrs. 285 a 349, págs. 69 a 85.

²¹¹ Laudo, Cap. IV, Título 5, párrs. 350 a 373, págs. 85 a 92.

Tratado...”²¹²; que la Demandante mantuvo en su Réplica esas pretensiones “*principal*” y “*subsidiaria*”, agregando la pretensión también “*subsidiaria*” de que Guatemala había incurrido en denegación de justicia²¹³; y que después en su Escrito Posterior a la Audiencia “*reformuló sus pretensiones*” y planteó al Tribunal 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 conforme al art. 3 del Tratado²¹⁴ (énfasis agregado).

105. A su vez, más adelante, en el subtítulo 4.3 el Tribunal comienza tratando, en el literal (A), párrafo 320, la reclamación por expropiación del art. 5 del Tratado, donde reitera lo ya dicho de que inicialmente (Memorial de Demanda) 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 Guatemala en el Tratado como “*subsidiarias*”, posición que el Tribunal confirma que Iberdrola mantuvo en su Réplica, en la cual agregó una petición “*subsidiaria adicional*” sobre denegación de justicia²¹⁵ (énfasis agregado).

También reitera el tribunal que, en su Escrito Posterior a la Audiencia, presentado después de la venta de su participación en EEGSA, Iberdrola “*modificó su petitum*” y solicitó al Tribunal que declarara que las acciones de Guatemala constituyen, “*alternativamente*”, una expropiación o un incumplimiento de sus obligaciones bajo el art. 3 del Tratado (énfasis agregado).

106. Y agrega el Tribunal: “*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’”²¹⁶ (énfasis agregado).*

²¹² Laudo, Cap. IV, Título 3, párr. 280, pág. 68.

²¹³ Id., párr. 281, pág. 69.

²¹⁴ Id., párr. 282, pág. 69.

²¹⁵ Laudo, Cap. IV, Título 4, subtítulo 4.3, literal A, párr. 320, págs. 77/78.

²¹⁶ Id., párr. 320, págs. 77/78.

107. Asimismo, en el literal (E) relativo a “Conclusiones sobre las alegaciones de los estándares” se afirma, en el párrafo 347 del Laudo: “*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 argumentos*”. Aceptar eso, dice el Laudo, “*constituiría una clara vulneración del derecho de contradicción e introduciría el caos al proceso*”, razón por la cual el Tribunal “**debe concretarse a analizar el ‘petitum’ según haya sido formulado antes de los cambios contenidos en el escrito posterior a la audiencia**” ²¹⁷ (énfasis agregado).

108. Y agrega acto seguido el Laudo: “*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” ²¹⁸ (énfasis agregado).*

4.2.2. Las reclamaciones de Iberdrola

109. Iberdrola sostiene que “*En el caso concreto el Tribunal ha cometido dos quebrantamientos graves de normas fundamentales del procedimiento*” que deben conducir al Comité *ad hoc* a anular el Laudo: (i) “*el Tribunal ha desatendido el Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola tal y como se le había presentado, vulnerando así, entre otros, su derecho a ser oída*”; y (ii) “*el Tribunal ha incumplido la obligación de pronunciarse sobre todas las pretensiones planteadas por Iberdrola que se recoge en el art. 48(3) del Convenio CIADI*” ²¹⁹ (énfasis agregado). Y en los párrafos siguientes desarrolla estas alegaciones en sendos Títulos 7.1 y 7.2.

110. En el Título 7.1 de su Memorial de Demanda Iberdrola desarrolla el primer quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento que alega, que **es la que me interesa mencionar a los fines del presente voto en disidencia.**

111. Sostiene Iberdrola, en lo fundamental, lo siguiente.

²¹⁷ Id., párr. 347, págs. 84/85.

²¹⁸ Id., párr. 348, pág. 85.

²¹⁹ Memorial de Demanda de Anulación, Parte III, Cap. 7, párr. 250, págs. 78/79.

Comienza reproduciendo lo dicho en el Laudo en el párrafo 347 transcripto *supra* en el párrafo 107, y dice que “*este enjuiciamiento peyorativo del Tribunal hacia el cambio de ‘petitum’*”, que “*se ve reflejado en otras partes del Laudo*”, es tachado por el Tribunal de “*nueva estrategia procesal*”, obviando por completo el motivo para hacerlo, que “*venía exigido por la propia cronología del caso*”. Y agrega que, “*más importante aún,....no fue objetado en ningún momento por la Demandada (ni por el propio Tribunal durante el procedimiento)*”.²²⁰

112. Luego alega que el 27 de septiembre de 2010 presentó su Memorial de Réplica y que casi un mes después, el 21 de octubre de 2010, se produjo la venta de sus acciones en EEGSA, así como que por carta al día siguiente, 22 de octubre, informó de ello por carta al Tribunal adjuntando un informe complementario de su experto económico, de donde “*se desprendía la necesidad de ajustar el ‘petitum’, entre otras cosas porque la parte del precio recibido....debía lógicamente descontarse del importe de la reclamación en el arbitraje*”. Y agrega que “*A solicitud de Guatemala se abrió una fase de producción de documentos sobre la venta y se le otorgó por el Tribunal a Guatemala un tiempo adicional para la presentación de su Memorial de Dúplica*”.²²¹

113. Continúa Iberdrola reseñando que la Audiencia se desarrolló del 25 al 30 de julio de 2011, y que en ella abordó el tema de la venta de todas sus inversiones en Guatemala y “*razonó la modificación del ‘petitum’ para tener en cuenta la venta de las acciones de EEGSA*”²²², alegando que “*también explicó que por la venta Iberdrola ya no disponía de las acciones y que al ser una cuestión discutida si en caso de alegarse una expropiación indirecta....el inversor debe poner a disposición del Estado expropiante las acciones, Iberdrola planteaba sus reclamaciones bajo los arts. 5.1 (expropiación indirecta) y 3.1 (trato justo y equitativo) no como subsidiarias, sino como alternativas*”, de modo que “*si el Tribunal entendiera que la disponibilidad de las acciones es una condición para condenar por expropiación, entonces Iberdrola mantendría el argumento, pues es indudable que desde un punto de vista económico estamos ante una expropiación de la utilidad económica de la inversión, pero ese argumento se*

²²⁰ Memorial de Demanda de Anulación, cap. 7, num. 7.1, párrs. 251 a 253, pág. 79.

²²¹ Id., párrs. 255y 256, pág. 80.

²²² Id., párr. 257, pág. 80.

trasladaría a la reclamación basada en el estándar de trato justo y equitativo” ²²³
(subrayados agregados).

También señala Iberdrola que los mismos conceptos fueron textualmente repetidos en su Escrito Posterior a la Audiencia. ²²⁴

Y concluye: “Este es el cambio de ‘petitum’ que el Tribunal censura severamente en el Laudo, por considerarlo un cambio de estrategia inadmisible”. ²²⁵

115 Luego Iberdrola retoma y se explaya sobre la circunstancia de que el censurado cambio de *petitum* no fue objetado ni por Guatemala ni por el Tribunal en ningún momento durante el procedimiento (i) ni durante la Audiencia, (ii) ni en las preguntas formuladas por el Tribunal a las Partes el 15 de agosto de 2012 para sus Escritos Posteriores a la Audiencia, (iii) ni después de la presentación de sus Escritos Posteriores a la Audiencia, (iv) ni antes del cierre del procedimiento, (v) ni antes de la comunicación del Laudo, sin perjuicio de lo cual el Tribunal “*observa, censura y sanciona*” el cambio de *petitum*, “*sin haber dado antes a Iberdrola la oportunidad de ser oída sobre esta cuestión*” y, como consecuencia de ello, “*reconoce que sólo analiza las pretensiones de Iberdrola tal y como fueron presentadas en su Memorial de Réplica anterior a la Audiencia*”. ²²⁶

116. Sin perjuicio de lo cual –dice Iberdrola– el Tribunal no explica qué trascendencia tuvo esto en su análisis y en sus conclusiones y decisión, ni qué partes o argumentos del Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola descartó (“desestimación total o parcial de argumentos, inferencias negativas, etc.”) ²²⁷, pero –agrega Iberdrola– del tenor de las críticas realizadas al proceder de la Demandante y del hecho de que el Tribunal atendiera las reclamaciones de Iberdrola como formuladas en su Memorial de Réplica y no en el Escrito Posterior a la Audiencia, se puede colegir que fue un elemento muy relevante en su decisión final. ²²⁸

²²³ Id., párr. 258, págs. 80/81 (transcripciones del día 25 de julio de 2011, Tr. 1:7-15:6).

²²⁴ Id., párr. 262, pág. 82.

²²⁵ Id., párr. 259, pág. 81.

²²⁶ Id., párrs. 260 a 267, págs. 81 a 83.

²²⁷ Id., párrs. 268 y 271, págs. 83 y 84.

²²⁸ Id., párr. 293, pág. 91.

117. En definitiva, Iberdrola concluye que “el Tribunal quebranta de forma grave al menos tres principios fundamentales del procedimiento: (i) el de predeterminación de las reglas del procedimiento, de modo que éstas sean establecidas de antemano o si no lo están, que se dé a las partes la oportunidad de ajustarse a ellas una vez enunciadas; (ii) el de audiencia debida, de modo que si el Tribunal consideraba aplicar tal regla debió haber permitido a las partes, y en particular a Iberdrola, expresarse previamente sobre esta cuestión; y (iii) el de tipicidad, de modo que no se establezcan y apliquen sanciones procesales ‘ex post’, como de hecho ha hecho el Tribunal al desestimar el último escrito de Iberdrola tal y como le fue presentado”²²⁹ (subrayados agregados).

Y agrega que, “más aún, el Tribunal ha privado también a Iberdrola de su derecho a ser oída al silenciar o desestimar, no sabemos con qué alcance, una parte de su Escrito Posterior a la Audiencia”²³⁰ (subrayado agregado), derecho a ser oído que “es una regla fundamental de todo procedimiento arbitral”, tal como “ha sido confirmado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia arbitral”, tema sobre el cual se explaya después citando opiniones doctrinarias, pasajes de la génesis de la Convención CIADI y decisiones de Comités *ad hoc*.²³¹

118. Por último, sostiene Iberdrola que esta actuación del Tribunal puede subsumirse también en otras causas de anulación, pues puede también calificarse: (i) como una extralimitación del Tribunal, que actuó sin base en las alegaciones de las partes porque Guatemala nunca objetó el cambio de *petitum*; y (ii) como una falta de motivación que impide comprobar la racionalidad del Laudo, en la medida que no explica qué es lo que tuvo y qué es lo que no tuvo en cuenta del Escrito Posterior a la Audiencia.²³²

4.2.3. LA DECISIÓN DEL COMITÉ EN MAYORÍA

119. El Comité en mayoría, en el numeral C.1 de su Decisión, comienza realizando ciertas consideraciones generales relativas al quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, en el párrafo 103.

²²⁹ Id., párr. 274, pág. 85.

²³⁰ Id., párr. 276, pág. 85.

²³¹ Id., párrs. 277 y ss., págs. 86 y ss.

²³² Id., párr. 298, pág. 93.

120. Y en el párrafo 104 dice que: “...*el quebrantamiento de una norma es grave cuando es sustancial y es tal que priva a una parte del beneficio que esa norma pretende concederle.*²³³ Por eso, se ha fallado que un quebrantamiento grave supone, potencialmente, una decisión diferente a la que se habría dictado si la norma procesal infringida hubiese sido observada.²³⁴” (énfasis agregado)
121. Y acto seguido agrega que “La prueba de la potencial diferencia en lo resolutivo del Laudo corresponde al recurrente²³⁵” (énfasis agregado)
122. Luego dice, en el párrafo 105: “Este Comité entiende que una norma fundamental de procedimiento es aquella que fija un estándar procesal mínimo que debe ser respetado conforme al derecho internacional, como fue definido en *Wena Hotels c. Egipto*.²³⁶ En general, se han reconocido como violación de normas fundamentales las siguientes hipótesis: (i) la falta de imparcialidad y tratamiento desigual de las partes, (ii) la violación del derecho a ser oído, (iii) la ausencia o abuso de deliberación de los árbitros; (iv) la vulneración de reglas de la prueba y (v) la vulneración de reglas de legitimación.²³⁷ De esas normas fundamentales de procedimiento, Iberdrola ha alegado el quebrantamiento grave de su derecho a ser oída” (énfasis agregado).
123. Y continúa diciendo, en el párrafo 106: “Teniendo presentes las consideraciones anteriores, el Comité analizará por separado cada uno de los dos quebrantamientos graves de una norma fundamental de procedimiento alegados por Iberdrola: (i) el tratamiento otorgado por el Tribunal al Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola;

²³³ “*MINE c. Guinea*, § 5.05. A first comment on this provision concerns the term ‘serious’. In order to constitute a ground for annulment the departure from a ‘fundamental rule of procedure’ must be serious. The Committee considers that this establishes both quantitative and qualitative criteria: the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide. Ver también *Amco II*, §§ 9.09 - 9.10; *CDC c. Seychelles*, § 49”.

²³⁴ “*Wena Hotyels c. Egipto*, § 58; *CDC c. Seychelles*, § 49. En *Pey Casado c. Chile*, § 80, el Comité ad-hoc entendió que para lugar a la anulación por quebrantamiento grave, se requería demostrar que se trataba de un quebrantamiento determinante para la decisión.”

²³⁵ “*CDC c. Seychelles*, § 65: ‘Even had the Tribunal erred in issuing the Award when it did, the Committee would see no basis for annulling the Award as a result. Specifically, the Republic was unable to communicate to the ad hoc Committee how it had been prejudiced by the allegedly impermissible delay. Therefore, we must conclude that annulment in this ground could not be appropriate’” (énfasis agregado).

²³⁶ “*Wena Hotyels c. Egipto*, § 57”.

²³⁷ “*Schreuer, Christoph, et al. Op. cit. pp. 983 y ss.*”.

y (ii) la supuesta falta de una respuesta fundada a todas las pretensiones de Iberdrola” (énfasis agregado).

124. A continuación, el Comité en mayoría, en el numeral C.2, analiza el primer quebrantamiento alegado por Iberdrola, que es “el tratamiento otorgado por el Tribunal al Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola”, **único que interesa a los efectos del presente voto disidente.**
125. A su respecto comienza diciendo, en el párrafo 107: “El Comité considera que los principios de predeterminación de las reglas del procedimiento, de tipicidad y de audiencia debida, de la manera en que fueron formulados por Iberdrola,²³⁸ constituyen manifestaciones del derecho a ser oído; esto es, se trata una norma fundamental que, al igual que el comité ad hoc en Pey Casado c. Chile, este Comité entiende como la plena y equitativa oportunidad de las partes de exponer su caso, presentar su defensa o presentar pruebas en relación con todas las reclamaciones en cada etapa del procedimiento arbitral.²³⁹ En consecuencia, se trata efectivamente de una norma fundamental de procedimiento, cuyo quebrantamiento grave puede llevar a la anulación parcial o total de un Laudo” (énfasis agregado).
126. Y a continuación concluye, en los párrafos 108 y 109: “Asumido este principio, los comentarios hechos por el Tribunal en el § 347 del Laudo no implican, a juicio del Comité, una violación de esos principios. En efecto, el Tribunal, así como cualquier otro tribunal establecido bajo el Convenio del CIADI, no tiene la obligación de

²³⁸ “Memorial de Anulación de Iberdrola, § 274. ‘En resumen, el Tribunal, a iniciativa propia, censura en el Laudo el Escrito de Iberdrola por el cambio de petitum y considera negativamente este cambio para la posición de la Demandante, con un alcance que sin embargo no explica. Al no haber tenido en cuenta plenamente dicho escrito, ni explicar con qué alcance lo ha tenido en cuenta, el Tribunal quebranta de forma grave al menos tres principios fundamentales del procedimiento: (i) el de predeterminación de las reglas del procedimiento, de modo que éstas sean establecidas de antemano o si no lo están, que se dé a las partes la oportunidad de ajustarse a ellas una vez enunciadas; (ii) el de audiencia debida, de modo que si el Tribunal consideraba aplicar tal regla debió haber permitido a las partes, y en particular a Iberdrola, expresarse previamente sobre esa cuestión; y (iii) el de tipicidad, de modo que no se establezcan y apliquen sanciones procesales ex post, como de hecho ha hecho el Tribunal al desestimar el último escrito de Iberdrola tal y como le fue presentado.’ En el párrafo inmediatamente siguiente (§ 275), Iberdrola señala: ‘Si el Tribunal Arbitral consideraba que el cambio de petitum era una cuestión importante (como ahora afirma en el Laudo) **debería simplemente haber dado a Iberdrola la oportunidad de ser oída sobre esta cuestión**’ (Énfasis añadido)”.

²³⁹ Pey Casado c. Chile, § 184.

adelantar a las partes cuál sería su decisión relativa a la admisibilidad del cambio en el petitum, ni tampoco solicitarles su opinión al respecto. Por el contrario, es precisamente en el Laudo donde el Tribunal debe pronunciarse sobre la admisibilidad de los cambios en la presentación de sus acciones” (énfasis agregado).

“Adicionalmente, Iberdrola tuvo la oportunidad, y de hecho explicó al Tribunal, las razones de su cambio de petitum. En consecuencia, si el Tribunal consideró al empezar su deliberación que el referido cambio era inadmisibles, no tenía ninguna obligación de advertírsele a las Partes ni tampoco de otorgarles una oportunidad adicional para que se refirieran sobre el tema. Iberdrola puede tener sus críticas a las razones por las cuales el Tribunal censura su cambio de petitum, (cuestión que escapa a este procedimiento de anulación), pero a juicio de este Comité no existe ningún reproche que pueda hacerse al momento en que el Tribunal comunica su decisión, ni respecto al procedimiento según el cual alcanzó esa conclusión. **Consecuentemente, el recurso de anulación sobre este punto será rechazado**” (énfasis agregado)

127. Por último, el Comité en mayoría refuerza su conclusión expresando, en los párrafos 110 y 111: “Que sin perjuicio de lo referido en el párrafo anterior, este Comité considera que no existe en el Laudo quebrantamiento de alguna norma de procedimiento fundamental. En efecto, aun concediendo que hubiese alguna violación de una norma procesal, en ningún caso podría ser calificado como grave, **el Comité estima que las consideraciones del Tribunal acerca del tardío cambio de petitum por Iberdrola no tiene efecto alguno en el Laudo.** La reclamación principal del Memorial de Anulación y la Réplica de Iberdrola era la de expropiación y sólo de manera subsidiaria la violación de trato justo y equitativo; por el contrario, en el Escrito Posterior a la Audiencia ambas reclamaciones son presentadas como alternativas. Este cambio no es sustantivo, sino sólo se refiere al orden en que el Tribunal debía considerar las reclamaciones de expropiación y de trato justo y equitativo. Así, en el petitum de la Memorial de Anulación y Réplica, el Tribunal debiese haber conocido la reclamación de trato justo y equitativo sólo si rechazaba la reclamación de expropiación, mientras que en el petitum del Escrito Posterior a la Audiencia debía considerar ambas reclamaciones sin prelación entre ellas. Ninguna alteración de lo resuelto podría haberse seguido de esa circunstancia, pues el análisis en su propio mérito por parte del Tribunal de la pretensión basada en infracción del deber de trato

justo y equitativo es el mismo en ambos casos, y la única diferencia se refiere a la oportunidad o secuencia en que tal análisis debía realizarse” (énfasis agregado).

“En efecto, el Tribunal revisó tanto la reclamación por expropiación (§§ 320 ss.), como la de violación del estándar de trato justo y equitativo (§§ 324 ss.), concluyendo que ambas planteaban una disputa de derecho guatemalteco y no, además, una de derecho internacional. Es en razón de estas consideraciones que el Tribunal concluyó que estaban fuera de la jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal, **de modo que resulta irrelevante el orden en que las reclamaciones fueron revisadas, única consecuencia posible del cambio de petitum**” (énfasis agregado).

4.2.4. LA OPINIÓN DISIDENTE

128. A mi juicio, tiene razón el Comité en mayoría en las consideraciones generales que realiza, en los párrafos 103 y 104, relativas al quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.
129. Sin embargo, en el mismo párrafo 104 agrega al final que “La prueba de la potencial diferencia en lo resolutivo del Laudo corresponde al recurrente”, citando en nota a pie de página el caso *CDC c. Seychelles*, donde el Comité sostuvo (en § 65): “Even had the Tribunal erred in issuing the Award when it did, the Committee would see no basis for annulling the Award as a result. Specifically, the Republic was unable to communicate to the ad hoc Committee how it had been prejudiced by the allegedly impermissible delay. Therefore, we must conclude that annulment in this ground could not be appropriate” (énfasis agregado).

En mi opinión, el caso citado por el Comité en mayoría no es aplicable al caso del presente procedimiento de anulación en lo relativo al tema que nos ocupa, según veremos *infra* en el párrafo 144 relativo a las consecuencias de que el Tribunal haya rechazado el Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola.

130. No obstante, concuerdo con lo expresado por el Comité en mayoría en los párrafos 103 y 105 respecto a que las reclamaciones de Iberdrola constituyen manifestaciones del derecho a ser oído y que se trata efectivamente de una norma fundamental de procedimiento, cuyo quebrantamiento grave puede llevar a la anulación parcial o total de un Laudo.

131. Concuero igualmente con lo expresado por el Comité en mayoría en los párrafos 108 y 109 respecto de que el Tribunal no tiene la obligación de adelantar a las partes cuál sería su decisión relativa a la admisibilidad del cambio en el *petitum*, ni tampoco solicitarles su opinión al respecto, y que es precisamente en el Laudo donde el Tribunal debe pronunciarse sobre la admisibilidad de los cambios en la presentación de sus acciones.

Y también concuerdo en que si el Tribunal consideró al empezar su deliberación que existía un cambio de *petitum* que era inadmisibile, no tenía ninguna obligación de advertírsele a las Partes ni tampoco de otorgarles una oportunidad adicional para que se refirieran sobre el tema, y en que no existe ningún reproche que pueda hacerse al momento en que el Tribunal comunica su decisión, ni respecto al procedimiento según el cual alcanzó esa conclusión.

132. Concuero asimismo con el Comité en mayoría cuando dice, en el párrafo 110, que el hecho de que la expropiación fuera la reclamación principal y la de trato justo y equitativo fuera subsidiaria, así como que después ambas se plantearan como alternativas, no es algo sustantivo, sino sólo se refiere al orden en que el Tribunal debía considerar las reclamaciones de expropiación y de trato justo y equitativo, y que la única diferencia se refiere a la oportunidad o secuencia en que tal análisis debía realizarse.

133. Sin embargo, discrepo con la conclusión del Comité en mayoría cuando afirma, en el mismo párrafo 110, que **“el Comité estima que las consideraciones del Tribunal acerca del tardío cambio de petitum por Iberdrola no tiene efecto alguno en el Laudo”**, y cuando reitera en el párrafo 111 que el orden en que las reclamaciones fueron revisadas es la **“única consecuencia posible del cambio de petitum”**.

134. A mi juicio cabe hacer notar, en primer término, que la agregación en el Memorial de Réplica de Iberdrola de un *petitum* “subsidiario adicional” de denegación de justicia (una de las cosas que el Tribunal dice que **“no puede pasar por alto”**) está expresamente prevista y autorizada en la Regla de Arbitraje 40 (2) del CIADI, que establece que **“Toda demanda... adicional se presentará a más tardar en la réplica”**. De modo que el cuestionamiento no tiene, en este aspecto,

ninguna razón de ser y, obviamente, el Tribunal omite toda motivación de la razón que lo lleva a formular una crítica a esa actitud de Iberdrola.

135. En segundo término, corresponde señalar que el Laudo no expresa los motivos por los cuales entiende que el hecho de plantear la violación de los estándares del art. 3 del Tratado como “subsidiarios” de lo que sería el “petitum principal” por el estándar de expropiación del art. 5, constituye algo irregular o indebido, o que implique no haber planteado cabalmente su reclamación en base a la violación de los estándares del art. 3, o alguna suerte de reclamación disminuida o de menor validez en base a dichos estándares.

Tan manifiesta es la falta de motivación que en realidad no llego a comprender qué trascendencia otorga el Tribunal a esta circunstancia. Especialmente cuando - como lo expresa el propio Laudo- ya en el Memorial de Demanda en el arbitraje Iberdrola planteó su reclamación en base a los estándares de protección del art. 5 y también a los del art. 3. Más aun cuando, examinando el Memorial de Demanda en el arbitraje se constata que Iberdrola reclamaba desde el comienzo una única indemnización de U\$S 336 millones más intereses y gastos, ya sea que se considerase que hubo una violación al art. 5 del Tratado o que se considerase que hubo una violación al art. 3, o ambas.²⁴⁰

136. En tercer término, el Laudo tampoco motiva por qué afirma que cuando Iberdrola, luego de haber vendido su participación en EEGSA, solicitó al Tribunal que declarara que las acciones de Guatemala constituyeron “alternativamente” una expropiación o un incumplimiento de los estándares de protección del art. 3 del Tratado, ello implicó que “reformuló” o “modificó su petitum”.

Afirmación ésta que el Laudo refuerza con otras afirmaciones adicionales de naturaleza meramente conjetural y contenido peyorativo tales como que “*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*”

²⁴⁰ Ver Memorial de Demanda en el arbitraje, Capítulo 15, numeral 25.2.4, párrs. 804 y ss., págs. 235 y ss.; y PETITUM, numerales 3 y 5, pág. 243.

violaciones de otros estándares diferentes al de expropiación, particularmente el estándar de trato justo y equitativo” (énfasis agregado).

137. De todos modos, como vimos *supra* en los párrafos 127 y 132, el Comité en mayoría entiende –en posición con la cual coincido– que el hecho de que la expropiación fuera la reclamación principal y la ausencia de trato justo y equitativo fuera subsidiaria, así como que después ambas se plantearan como alternativas, no es algo sustantivo, sino sólo se refiere al orden en que el Tribunal debía considerar las reclamaciones de expropiación y de trato justo y equitativo, y que la única diferencia se refiere a la oportunidad o secuencia en que tal análisis debía realizarse.
138. **Sin embargo, coincido con lo alegado por Iberdrola, como se vio *supra* en el párrafo 116, en cuanto a que el Tribunal no explica qué trascendencia tuvo la censura que realiza a la supuesta “reformulación” o “modificación” de su *petitum* en el análisis y en las conclusiones y decisión del Tribunal, ni qué partes o argumentos del Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola descartó** ²⁴¹.
139. Es cierto que Iberdrola también alega que del tenor de las críticas realizadas a su proceder y del hecho de que el Tribunal atendiera las reclamaciones de Iberdrola como formuladas en su Memorial de Réplica y no en el Escrito Posterior a la Audiencia, se puede colegir que fue un elemento muy relevante en su decisión final. ²⁴²
- Pero no concuerdo con esta parte de la alegación de Iberdrola y entiendo que Guatemala tiene razón al decir que esa afirmación es una “*especulación*” que resulta “*insuficiente para anular un laudo por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento*”. ²⁴³ Como también entiendo que lo es la aseveración que realiza Guatemala a continuación en el sentido de que “*La realidad es que la crítica del Tribunal al cambio de *petitum* no tuvo ningún impacto en la decisión del Tribunal de denegar jurisdicción sobre las reclamaciones principales de Iberdrola...*”. ²⁴⁴
140. **Como anticipé líneas arriba en el párrafo 138, en el Laudo no se explica cuál es la trascendencia que se otorga, en la decisión del Tribunal de declarar la inexistencia de jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal, a la severamente**

²⁴¹ Memorial de Demanda de Anulación, párrs. 268 y 271, págs. 83 y 84.

²⁴² Id., párr. 293, pág. 91.

²⁴³ Memorial de Contestación de Anulación, cap. V, lit. B, párr. 213, pág. 85.

²⁴⁴ Id., párr.216, pág. 86.

cuestionada solicitud de Iberdrola de que se considere que las acciones de Guatemala constituyen “*alternativamente*” una violación de los estándares del art. 5 o del art. 3 del Tratado, ni qué partes o argumentos del Escrito Posterior a la Audiencia descartó (“desestimación total o parcial de argumentos, inferencias negativas, etc.”) ²⁴⁵, que lo llevan a resolver que “*debe concretarse a analizar el ‘petitum’ según haya sido formulado antes de los cambios*” contenidos en dicho escrito. ²⁴⁶

141. Lo cual constituye a mi juicio, coincidiendo con lo alegado por Iberdrola, una nueva falta total de motivación que amerita la anulación del Laudo, porque esa falta de motivación impide comprobar la racionalidad del Laudo en la medida que no explica qué es lo que tuvo y qué es lo que no tuvo en cuenta del Escrito Posterior a la Audiencia. Nótese, a este respecto, que en el Escrito Posterior a la Audiencia, además de plantear el multicitado carácter “*alternativo*” de sus reclamaciones como una expropiación indirecta bajo el art. 5 del Tratado o como un incumplimiento de las obligaciones de Guatemala bajo el art. 3 del mismo, Iberdrola también hizo referencia, entre otras cosas, a cómo las acciones de las autoridades de Guatemala en el proceso de revisión tarifaria implicaron una violación a los estándares de protección del Tratado, conforme a lo que expresamente solicitó a las Partes el propio Tribunal en su carta del 15 de agosto de 2011. ²⁴⁷

²⁴⁵ Memorial de Demanda de Anulación, párrs. 268 y 271, págs. 83 y 84.

²⁴⁶ Ver *supra*, párr. 107; Laudo, párr. 347, págs. 84/85.

²⁴⁷ El Tribunal preguntó a las Partes que expusieran:

“(i) *Las razones por las cuales considera que el tribunal Arbitral tiene o no 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*

142. En efecto, en ese escrito Iberdrola también explicó, en forma resumida, su postura de que esas diferencias de interpretación (y la consecuente actuación de las autoridades guatemaltecas en el proceso de revisión tarifaria basada en su interpretación) constituyeron una expropiación en violación del art. 5 del Tratado, o un incumplimiento del tratamiento justo y equitativo en violación del art. 3 del mismo, a lo cual dedicó varios numerales y párrafos del escrito.²⁴⁸ Con lo cual reiteró las extensas consideraciones realizadas al respecto en su Memorial de Demanda y en su Memorial de Réplica en el procedimiento de arbitraje, que el Tribunal ignoró por completo incurriendo –a mi entender– en la causal de anulación de ausencia de motivación del art. 52.1(e) del Convenio CIADI, según vimos *supra* en el numeral 4.1.1.2., literal (D), párrafos 93 y 94.

143. Como consecuencia de ello, también puede entenderse que esta falta de explicitación del Tribunal de qué parte o partes del Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola desconsideró, en particular si desconsideró la parte en que Iberdrola se refiere -a solicitud del propio Tribunal- a la vinculación o conexión que la interpretación y aplicación de su derecho interno que realizó Guatemala en el proceso de revisión tarifaria tiene con la violación de los estándares de protección de los arts. 3 y 5 del Tratado, constituye una infracción grave de una regla fundamental de procedimiento.

Porque como vimos *supra* en el capítulo II, en el “Documento de antecedentes sobre sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI” de 10/08/2012, el Proyecto de la CDI no intentó definir qué conducta cubriría cada causal de anulación, excepto por la referencia expresa a “*no expresar los motivos en que se funda*” como “*ejemplo de infracción grave de una regla de procedimiento*”.²⁴⁹

144. Según vimos *supra* en el párrafo 129, el Comité en mayoría dice al final del párrafo 104 de su Decisión que “La prueba de la potencial diferencia en lo resolutivo del Laudo corresponde al recurrente”, citando en nota a pie de página el caso *CDC c. Seychelles*,

entre España y Guatemala o, en general, según el Derecho Internacional Público” (sénfasis agregado).

²⁴⁸ Escrito Posterior a la Audiencia, numeral 6.1.5, párrs. 226 a 237, y numeral 6.3.1, párrs. 307 a 315.

²⁴⁹ “Documento de antecedentes”, cit., párr. 14, pág. 7.

donde el Comité sostuvo (en § 65): “*Even had the Tribunal erred in issuing the Award when it did, the Committee would see no basis for annulling the Award as a result. Specifically, the Republic was unable to communicate to the ad hoc Committee how it had been prejudiced by the allegedly impermissible delay. Therefore, we must conclude that annulment in this ground could not be appropriate*” (énfasis agregado).

145. **En mi opinión, el caso citado por el Comité en mayoría no es aplicable al caso del presente procedimiento de anulación en lo relativo al tema que nos ocupa.**

El tema se centra en una cuestión de principal importancia en materia procesal: quién debe tener la carga de la prueba; es decir, en un caso como el que nos ocupa, a quién corresponde demostrar la trascendencia que tienen en la decisión final del Tribunal afirmaciones u observaciones realizadas por el mismo en el Laudo cuando, como ocurre en el caso, el Laudo guarda total silencio al respecto.

146. **A mi juicio, poner la prueba a cargo de la parte destinataria de esas afirmaciones u observaciones –en el caso Iberdrola- no es procedente.**

En primer lugar, porque implica violar un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas (que es un principio general de derecho internacional que deben aplicar los Tribunales Arbitrales y los Comités *ad hoc* de Anulación en el ámbito del CIADI ²⁵⁰) consistente en que no puede exigirse a nadie la producción de una prueba imposible, esto es, la llamada “prueba diabólica”.

Y en segundo lugar, porque es claro que, en consonancia con lo dispuesto por los arts. 48.3 y 52.1(e) del Convenio CIADI y por la Regla. 47.1(i) de las Reglas de Arbitraje CIADI, quien tiene la carga y el deber de explicar y motivar debida y suficientemente cuál es esa trascendencia de sus decisiones, afirmaciones u observaciones es quien las realiza, que en el caso no es otro que el propio Tribunal, sin que corresponda que las Partes o los miembros del Comité *ad hoc* sustituyan

²⁵⁰ Vé. *supra*, capítulo III, párr. 13.

las lagunas u omisiones que existan en el razonamiento del Tribunal por los suyos propios.²⁵¹

4.3. Falta de expresión de los motivos en que se funda el Laudo (art. 52.1.e del Convenio CIADI)

4.3.1. Falta de expresión de motivos

4.3.1.1. LA DECISIÓN DEL COMITÉ EN MAYORÍA

147. Como dijimos supra en el párrafo 37, el Comité en mayoría, al considerar la causal de anulación de extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades (art. 52.1.b del Convenio CIADI), dice en nota a pie de página N° 54 del párrafo 94 que la suficiencia del razonamiento efectuado por el Comité respecto de dicha causal “será analizada a propósito de la discusión relativa al artículo 52(1)(e) (§§ 124 a 133 infra)”.

148. **Ahora, al analizar esta causal de anulación de falta de expresión de los motivos en que se funda el Laudo (art. 52.1.e del Convenio CIADI) se expresa en la Decisión del Comité en mayoría, en el párrafo 124:**

*“Como se ha razonado (§ 119), un laudo está suficientemente fundado si permite al lector al menos seguir su razonamiento desde el punto inicial de la argumentación hasta la conclusión. En síntesis, el ejercicio que realiza el Laudo que conoce este Comité es el siguiente: (i) el TBI otorga jurisdicción al Tribunal sólo respecto a disputas sobre materias reguladas por el propio Tratado; (ii) el caso presentado por Iberdrola se refiere únicamente una disputa exclusivamente de derecho local; (iii) de ello se sigue que no existe conexión entre la disputa presentada por Iberdrola y las materias reguladas por el TBI, que son de naturaleza internacional; (iv) en consecuencia, la demanda presentada por Iberdrola está fuera de la jurisdicción y competencia del Tribunal; y (v) sin embargo, al haber sido conocida dicha disputa por los tribunales locales, el Tribunal tiene jurisdicción para conocer del reclamo de denegación de justicia”*²⁵² (énfasis agregado).

149. **Y acto seguido expresa, en el párrafo 125:**

²⁵¹ Vé. supra, cap. III, párr. 13.

²⁵² Decisión del Comité en mayoría, capítulo V, literal D.2, párrafo 124.

“El Comité considera que ese razonamiento se encuentra lógicamente estructurado en el Laudo y es posible seguirlo sin lagunas ni saltos lógicos:

- (i) *El Tribunal analiza el Artículo 11 del TBI en los §§ 291 a 310; en particular en el § 309 se afirma: “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”;*
- (ii) *Luego el Tribunal reiteradamente afirma que el caso presentado es puramente local; así lo hace al menos en los §§ 322, 325, 327, 330, 350, 351, 352, 354, 356, 356, 359 y 365. A este respecto resulta particularmente relevante el § 354, donde el Tribunal refiere exhaustivamente las materias que Iberdrola presenta para su decisión y luego concluye que las enumeradas en las letras (a) a (l) de ese párrafo, que fueron las sometidas a su conocimiento, son calificables como de derecho nacional guatemalteco sin que se plantee una relación con el tratado de inversiones que otorga jurisdicción y competencia al Tribunal.*
- (iii) *El Tribunal también es reiterativo en cuanto a que no existe una conexión entre el caso presentado y las materias reguladas por el Tratado. Esta afirmación, cualquiera sea el juicio que se tenga acerca de su corrección, es posible comprobarla en los §§ 321, 323, 349, 353, 356, 357, 358, 364, 366 y 368. En el § 356 el Tribunal resume su estimación: “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”. Luego, en el § 368, el Tribunal concluye que aun cuando Iberdrola tuviese razón en el debate sobre derecho interno, no se sigue que esa circunstancia sea suficiente para convertir su caso en un reclamo internacional.*

- (iv) También la conclusión relativa a la falta de jurisdicción es identificable en el Laudo, en particular en los §§ 350, 359, 373 y 415. El Tribunal repite que al tratarse de una disputa de derecho guatemalteco y no de materias reguladas en el Tratado, se encuentra fuera de su jurisdicción y competencia.
- (v) Finalmente, la afirmación relativa a la jurisdicción del Tribunal para conocer de la reclamación de denegación de justicia se encuentra en los §§ 371, 416 y 422 del Laudo” ²⁵³ (énfasis agregado).

150. Por último, el Comité en mayoría expresa, en los párrafos 126, 127 y 128:

“El siguiente paso es determinar si cada una de las premisas contenidas en los numerales (i) a (v) del párrafo anterior se encuentran suficientemente fundamentadas. El Comité observa que existe una evidente disparidad en la justificación del Tribunal de las premisas anteriores” ²⁵⁴ (énfasis agregado).

“Por una parte, se encuentran las premisas (i), (iv) y (v), cuya fundamentación se desprende naturalmente de la lectura del Laudo. En efecto, como se ha adelantado, la premisa (i) está tratada en los §§ 291 a 310. En estas secciones el Tribunal señala que primero debe determinar cuál es el alcance del consentimiento otorgado (§ 294). Luego, en el § 299 recurre a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a efectos de interpretar el Artículo 11 del TBI y en el § 301 recurre al sentido natural de las expresiones del mismo artículo. En los §§ 304 a 306 se apoya en una distinción doctrinaria para calificar los distintos tipos de consentimiento otorgados usualmente en los Tratados de Inversiones. Finalmente, en los §§ 307 y 308 el Tribunal recurre al preámbulo del TBI para complementar su interpretación. De esta manera, a juicio del Comité, la conclusión expresada en el § 309, en cuanto a que el consentimiento de Guatemala se extiende únicamente a “cuestiones reguladas por el Tratado” se encuentra suficientemente fundada” ²⁵⁵ (énfasis agregado).

“En cuanto a la premisa (iv) del § 125 anterior, el Comité observa que su fundamentación también aparece expresada en el Laudo. La consideración relativa a la falta de jurisdicción es la conclusión principal del Laudo y es una consecuencia

²⁵³ Id., párr. 125

²⁵⁴ Id., párr. 126.

²⁵⁵ Id., párr. 127

lógica de las tres premisas anteriores recogidas en el § 125. En efecto, una vez que el Tribunal establece el alcance del Artículo 11 del TBI y caracteriza el caso de Iberdrola como puramente local y sin conexión con el TBI, necesariamente debe declinar su jurisdicción” ²⁵⁶ (énfasis agregado).

151. Finalmente el Comité realiza, en el párrafo 129, consideraciones sobre “la premisa (v)” relativa a la jurisdicción del Tribunal para conocer de la reclamación de denegación de justicia, que no interesa porque esa causal no fue objeto de la solicitud de anulación del Laudo presentada por Iberdrola. ²⁵⁷

152. **Luego de las afirmaciones anteriores, el Comité en mayoría comienza a realizar consideraciones sobre posibles dudas que pueden plantearse respecto de si algunas de las premisas enunciadas implican una adecuada y suficiente motivación de las conclusiones del Laudo.**

Así dice, en el párrafo 130:

“Las premisas más problemáticas son las identificadas como (ii) y (iii) en el § 125 anterior. Como se reseñó, el Tribunal es repetitivo en cuanto a que Iberdrola presentó una disputa de derecho local y no existe conexión entre esa disputa y el TBI. **El problema radica en que no es lo mismo afirmar algo que justificarlo. Las afirmaciones (ii) y (iii) son fácilmente identificables en el Laudo, sin embargo resulta más difícil precisar cuáles son las razones que subyacen a esas premisas**” ²⁵⁸ (énfasis agregado).

Y agrega, en los párrafos 131 y 132:

“La explicación, si bien suscita, ofrecida por el Tribunal a este respecto se encuentra en los §§ 354 a 358 del Laudo. En el § 354 el Tribunal reconstruye el caso presentado por Iberdrola en doce peticiones concretas, cada una de las cuales supone únicamente una disputa local. De esta manera, concluye que Iberdrola ‘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

²⁵⁶ Id., párr. 128.

²⁵⁷ Id., párr. 129.

²⁵⁸ Id., párr. 130.

Guatemala'. En virtud de lo anterior, el Comité considera que la premisa (ii) del § 125 anterior, esto es, que el caso presentado por Iberdrola es puramente local se encuentra suficientemente fundada a efectos del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI, por mucho que mantenga dudas acerca de si el argumento es correcto" ²⁵⁹ (énfasis agregado).

"En cuanto a la premisa (iii) del § 125 anterior -esto es, que no existe una conexión entre el caso presentado y las materias reguladas por el Tratado- el Comité considera que su fundamentación puede desprenderse de los §§ 356 y 357 del Laudo. Así, el § 356 establece que la sola invocación de los estándares de protección del TBI es insuficiente para convertir el caso de derecho interno identificado previamente en un caso de derecho internacional. De esta manera el Tribunal afirma que debe existir "algo más" para que el caso pueda ser calificado como internacional. Luego, en el § 357 el Tribunal da a entender que la prueba de ese "algo más" correspondía a Iberdrola y que no logró demostrarlo, quedándose únicamente en la demostración de una disputa interpretativa local. Por mucho que también en este punto el Comité no necesariamente comparte el argumento del Tribunal, no puede sino reconocer la existencia de la motivación y su coherencia con resto de la motivación" ²⁶⁰ (énfasis agregado).

153. Finalmente, el Comité en mayoría concluye, en el párrafo 133:

"Atendido lo referido en los §§ anteriores, este Comité concluye que el Laudo, a efectos de este recurso de nulidad, expresa suficientemente los motivos en que se funda y no puede ser anulado por esta razón. Por cierto, esta conclusión no debe ser entendida como un pronunciamiento sobre el mérito de la argumentación del Laudo, cuestión que escapa a las facultades de un Comité de anulación establecido bajo las reglas del Convenio del CIADI. Este Comité ya expresó (§ 94) que el criterio utilizado por el Tribunal le parece particularmente exigente y una solución distinta era perfectamente posible. Sin embargo, esta apreciación escapa al ámbito del recurso de nulidad" ²⁶¹ (énfasis agregado).

²⁵⁹ Id., párr. 131.

²⁶⁰ Id., párr. 132.

²⁶¹ Id., párr. 133

4.3.1.2. LA OPINIÓN DISIDENTE

(A) Las consideraciones del Comité en mayoría sobre la alegada falta de expresión de motivos

154. No creo necesario especificar mis discrepancias con cada una de las recién transcritas consideraciones y conclusiones del Comité en mayoría, ya que las mismas surgen claramente de todo lo expresado supra en el numeral 4.1.1.2, literales (A), (B), (C) y (D), párrafos 44 a 100, de donde a mi juicio se desprende la conclusión de que se ha configurado en el caso, además de la causal anulatoria de “*extralimitación manifiesta en sus facultades*” por parte del Tribunal, también la causal anulatoria de una grave “*falta de expresión de los motivos en que se funda el Laudo*”, que ameritan la anulación del Laudo por parte del Comité *ad hoc*.

155. Sin embargo, entiendo que sí es preciso decir que todo lo que se expresa respecto del proceso de razonamiento del Laudo, que el Comité en mayoría sintetiza al comienzo en el párrafo 124 de su Decisión (que “*el ejercicio que realiza el Laudo que conoce este Comité es el siguiente: (i) el TBI otorga jurisdicción al Tribunal sólo respecto a disputas sobre materias reguladas por el propio Tratado; (ii) el caso presentado por Iberdrola se refiere únicamente una disputa exclusivamente de derecho local; (iii) de ello se sigue que no existe conexión entre la disputa presentada por Iberdrola y las materias reguladas por el TBI, que son de naturaleza internacional; (iv) en consecuencia, la demanda presentada por Iberdrola está fuera de la jurisdicción y competencia del Tribunal*”), implica a mi juicio construir un razonamiento en cadena donde unas afirmaciones no motivadas sirven a su vez de base a otras afirmaciones tampoco motivadas.

Lo cual implica, en mi opinión, que cada eslabón de esa cadena y la cadena en su totalidad configuran la causal anulatoria de una grave “*falta de expresión de los motivos en que se fundan*” las conclusiones del Tribunal (además de la causal anulatoria de “*extralimitación negativa de sus facultades*” en su vertiente relativa al “*Derecho aplicable*”, que es “*manifiesta*” tanto por resultar obvia, clara y evidente como por su notoria gravedad o materialidad y trascendencia en el resultado del caso).

156. Entiendo que esas afirmaciones en cadena del Tribunal son -en el mejor de los casos- justificaciones meramente formales carentes de sustancia, que no constituyen una debida y suficiente motivación del Laudo.

Me parece pertinente reiterar la cita realizada *supra* en el párrafo 9 de lo dicho en la Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Klöckner I*: “The text of this Article requires a ‘statement’ of reasons ‘on which the award is based’. This does not mean just any reasons, purely formal or apparent, but rather reasons having some substance, allowing the reader to follow the arbitral tribunal’s reasoning, on facts and on law” ²⁶² (énfasis agregado).

157. Una cadena bien estructurada de afirmaciones sin motivar puede determinar que se pueda seguir sin dificultad el razonamiento del Tribunal, desde el “Punto A” hasta el “Punto B” (como dijo el Comité en el caso *MINE c. Guinea*, citado por el Comité en mayoría en el párrafo 119 de su Decisión ²⁶³). Pero eso no significa que el Laudo se encuentre suficientemente motivado, sino que puede constituir una clara y armónica sucesión de afirmaciones arbitrarias no debidamente motivadas, que amerite su anulación por la causal del art.52.1.e del Convenio CIADI (y también por la causal del art. 52.1.b).

Por ello no puedo compartir el criterio de la Decisión del Comité en mayoría cuando, refiriéndose a la premisa (iii) (que no existe una conexión entre el caso presentado y las materias reguladas por el Tratado), concluye: “Por mucho que también en este punto el Comité no necesariamente comparte el argumento del Tribunal, no puede sino reconocer la existencia de la motivación y su coherencia con resto de la motivación” ²⁶⁴ (énfasis agregado).

Porque, en efecto, entiendo que si no existe tal motivación sino meras afirmaciones no debidamente motivadas en el Laudo, el hecho de que puedan resultar formalmente coherentes con el resto de las afirmaciones del Laudo (tampoco

²⁶² *Klöckner I*, ¶¶ 119 (Anexo IBDJ-0037).

²⁶³ *Mine c. Guinea*, § 5.09.

²⁶⁴ *Id.*, párr. 132.

motivadas debidamente) no puede determinar que esa supuesta “coherencia” del razonamiento del Tribunal determine que el Laudo esté suficientemente motivado. A mi juicio, esto surge ineludiblemente de la aplicación del principio rector de la “razonabilidad” y de criterios de pura lógica jurídica.

158. En mi opinión, por las razones que he expuesto extensamente, eso es precisamente lo que ocurre en el Laudo objeto del presente procedimiento de anulación. Razón por la cual entiendo, en discrepancia con mis colegas que conforman la mayoría del Comité, que corresponde anular el Laudo, sin que ello implique revisar la pertinencia o corrección de las razones expresadas en el mismo actuando como un Tribunal de Apelaciones.

159. Sólo creo pertinente hacer referencia específica a lo expresado por el Comité en mayoría en el párrafo 130 de su Decisión (transcripto *supra* en el párrafo 152) en cuanto a que “el problema radica en que no es lo mismo afirmar algo que justificarlo”, agregando que “*las afirmaciones (ii) y (iii) son fácilmente identificables en el Laudo, sin embargo resulta más difícil precisar cuáles son las razones que subyacen a esas premisas*”.

Traigo a colación ese pasaje de la Decisión del Comité en mayoría porque entiendo que lo mismo resulta aplicable también a las afirmaciones del Tribunal reseñadas en las premisas (i) y (iv).

Por lo cual, en definitiva entiendo que en las cuatro premisas mencionadas por el Comité en mayoría el Tribunal ha realizado afirmaciones no justificadas, o mejor dicho no motivadas.

(B) Otras afirmaciones del Laudo

160. Como ya se vio, en el Título 5 relativo a “Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal” ²⁶⁵, en el Laudo se expresa (en el párrafo 350 con que comienza ese Título) que “En un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si ésta hubiera demostrado que

²⁶⁵ Laudo, Cap. IV, Título 5, párrs. 350 y ss., págs. 85 y ss.

los hechos que alegó, ‘de ser probados’, ‘podrían constituir’ una violación del Tratado....”.

Y acto seguido (en el mismo párrafo 350) el Tribunal concluye que: “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” (énfasis agregado).

161. A fin de fundamentar esa “*premisa básica*” sustentada en el párrafo 350 del Laudo, el Tribunal dice a continuación (donde anunció que se “analiza” dicha conclusión) que “*la parte sustancial*” de “*los temas controvertidos*” y, “*sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva*”, “*se refieren al derecho guatemalteco*”, así como que en los distintos escritos “*las partes debatieron ‘in extenso’ sobre la forma en que debían interpretarse determinadas disposiciones del derecho guatemalteco*”.²⁶⁶ También afirma el Tribunal que “*en las audiencias el debate se centró en aspectos de derecho guatemalteco...*”, y “*que 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*”²⁶⁷ (énfasis agregado).

Y afirma asimismo que “*en su Escrito Posterior a la Audiencia la Demandante se siguió centrando en las diferencias de interpretación, según el derecho guatemalteco, de los temas tantas veces mencionados en el presente laudo*”²⁶⁸ (énfasis agregado).

162. Aunque sea cierto que “*la parte sustancial*” de los temas controvertidos y de las controversias que la Demandante pidió al Tribunal que resuelva refirieran al derecho interno de Guatemala relativo a procedimiento de revisión tarifaria, no es posible, en un razonamiento coherente como se requiere para que exista una debida y suficiente motivación, derivar de esa circunstancia la conclusión de que Iberdrola no demostró la premisa básica de que “*los hechos que alegó*”, “*de ser probados*”, “*podrían constituir una violación del Tratado*”.

²⁶⁶ Laudo, párr. 351, pág. 86.

²⁶⁷ Id., párr. 352, pág. 86.

²⁶⁸ Id., párr. 353, pág. 86.

Porque esas mismas afirmaciones implican -por definición- reconocer que, aunque más no sea en forma menos extensa, Iberdrola también se basó en otros fundamentos para plantear sus reclamaciones ante el Tribunal.

Otro tanto cabe decir del razonamiento del Tribunal relativo a que “*en las audiencias el debate se centró en aspectos de derecho guatemalteco*” y que “*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*”.

163. **De hecho, como vimos *supra* en el literal (D), párrafos 93 y 94, Iberdrola dedicó una parte muy importante de sus Memoriales de Demanda y de Réplica en el proceso de arbitraje a realizar la conexión existente entre la interpretación y aplicación efectuada por Guatemala de sus normas de derecho interno relativas al procedimiento de revisión tarifaria y la violación que la misma implicó –a su entender y aunque puedan no compartirse sus argumentos- de las normas protectoras del Tratado contenidas en sus arts. 3 y 5, lo cual como vimos fue totalmente ignorado por el Tribunal.**

Cabe resaltar que Iberdrola sostiene en su Memorial de Demanda de Anulación que en el Memorial de Contestación del arbitraje la defensa por la que optó Guatemala fue, principalmente, la de discutir el relato de hechos sobre violaciones a las normas de derecho interno aplicables al proceso de revisión de las tarifas de electricidad que ella había expuesto y no a la interpretación de los arts. 3 y 5 del Tratado; que Guatemala centró su defensa no en la parte internacional sino a lo ocurrido en Guatemala con la aplicación de su sistema regulatorio relativo al procedimiento de revisión tarifaria; y que ella advirtió en su Memorial de Réplica que Guatemala dedicaba dos tercios de su Memorial de Contestación a contestar los hechos que basaban la reclamación Iberdrola, razón por la cual, como indicó el Tribunal, la discusión entre las partes en el arbitraje

giró principalmente en torno a estas cuestiones y se produjo un “*debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado Demandado*”.²⁶⁹

Pero ello no significa que no haya sustentado que la interpretación y aplicación efectuada por Guatemala de sus normas de derecho interno relativas al procedimiento de revisión tarifaria implicó –a su entender y aunque puedan no compartirse sus argumentos- la violación de las normas protectoras del Tratado contenidas en sus arts. 3 y 5

164. **Por lo demás, si bien es cierto que –como dice el Laudo- en el Escrito Posterior a la Audiencia Iberdrola “*se siguió centrando*” en las diferencias de interpretación del derecho guatemalteco, no es menos cierto que en ese escrito también reiteró su postura de que esas diferencias de interpretación (y la consecuente actuación de las autoridades guatemaltecas en el proceso de revisión tarifaria basada en su interpretación) constituyeron una expropiación en violación del art. 5 del Tratado ²⁷⁰, o un incumplimiento del tratamiento justo y equitativo en violación del art. 3 del mismo ²⁷¹, a lo cual dedicó varios numerales y párrafos de ese escrito.** ²⁷²

165. **De lo expuesto cabe concluir, a mi juicio, que estas afirmaciones del Tribunal constituyen nuevos elementos que confirman que la conclusión contenida en el párrafo 350 del Laudo carece de una motivación adecuada y coherente que permita comprender el razonamiento del Tribunal.**

4.3.2. Alegación de que el Laudo es contradictorio

4.3.2.1. LA DECISIÓN DEL COMITÉ EN MAYORÍA

166. En la Decisión del Tribunal en mayoría se dice, en el párrafo 134:

²⁶⁹ Memorial de Demanda de Anulación, num. 6.1.1, párrs. 128 y 129, págs. 43 y 44.

²⁷⁰ Ver Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola en el proceso de arbitraje, párrs. 298 y 307 a 315.

²⁷¹ Id., numeral 6.1.5, párrs. 226 a 237, y numeral 6.3.1, párrs. 307 a 315.

²⁷² Ver Escrito Posterior a la Audiencia de Iberdrola en el proceso de arbitraje, párrs. 298 y 307 a 315.

“Como se reseñó (§ 59), Iberdrola alega que el Laudo es contradictorio pues contendría en los §§ 350, 366 y 371 tres test de jurisdicción incompatibles entre sí. El § 350 dispone que “[e]n un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si ésta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado”. Por su parte, según el § 366 “lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que habría contraído en un instrumento internacional, el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala”. Finalmente el § 371 señala que “[s]i (...) 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” (énfasis agregado).

167. Luego de expresar en el párrafo 135 que “El § 350 del Laudo contiene un test de jurisdicción estándar, aplicado usualmente por tribunales CIADI enfrentados a excepciones a la jurisdicción racione materiae”, y de realizar ciertas consideraciones generales sobre ese test y de las posiciones de las Partes sobre si el mismo fue utilizado por el Tribunal, el Comité en mayoría concluye en el párrafo 136 que “las partes no discuten la esencialidad del test a que hace referencia el § 350 del laudo para determinar la jurisdicción racione materiae; su diferencia radica en si el Tribunal se limitó a enunciar el principio, para luego dejarlo sin aplicación, o si lo aplicó de manera suficientemente motivada” (énfasis agregado).

Y agrega en el mismo párrafo 136 que “Para esta tarea el Comité debe analizar en particular los §§ 366 y 371, que contendrían según Iberdrola otros test jurisdiccionales incompatibles con el del § 350” (énfasis agregado).

168. Después dice el Comité en mayoría en el párrafo 137 que “Puede parecer que el § 366 contiene un test que confunde cuestiones de fondo con problemas jurisdiccionales, al señalar que ‘lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento internacional el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala’” (énfasis agregado).

169. Sin embargo, el Comité en mayoría expresa a continuación en el mismo párrafo 137: **“Siguiendo la interpretación de Iberdrola, el test enunciado en este párrafo llevaría a que el CIADI sólo tendría jurisdicción y el Tribunal competencia si efectivamente existiera una violación al TBI; esta afirmación sería equivalente a decir que el Tribunal sólo tiene jurisdicción para acoger las demandas, pues si la demanda debe ser rechazada quedaría al mismo tiempo fuera de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal...”** (énfasis agregado).

170. Y de inmediato expresa en el párrafo 138: **“El Comité considera que el Laudo en este punto deja momentáneamente de lado el test jurisdiccional y se refiere a cuestiones de fondo, pero sólo para el caso hipotético que tuviese efectivamente jurisdicción”** (énfasis agregado).

Esta conclusión del Comité en mayoría se fundamenta de la siguiente manera en el mismo párrafo 138: **“Dos elementos apoyan esta conclusión. En primer lugar, el mismo párrafo inicia con la siguiente afirmación ‘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’. Es sólo en ese marco, que el Tribunal declara, de modo semánticamente equívoco, que Iberdrola debiera haber demostrado violaciones a las obligaciones contraídas en el TBI. En segundo lugar, el Tribunal no utilizó este supuesto test para la denegación de justicia, único reclamo que conoció en el fondo. Tal como se reseñó, el Laudo afirma que la reclamación de denegación de justicia se encontraba dentro de su jurisdicción y competencia, pero la rechazó por falta de fundamento. Una solución como esa (aceptar la jurisdicción, pero rechazar por mérito) habría resultado imposible si se aplicara consistentemente el supuesto test de jurisdicción del § 366”** (énfasis agregado).

Y finaliza el Comité diciendo: **“En conclusión, si bien la referencia al fondo de la disputa resulta innecesaria en el Laudo y está equívocamente expresada, aun así no es determinante para la comprensión contextual del Laudo”** (énfasis agregado).

171. El Comité en mayoría expresa, adicionalmente en el párrafo 139 de su Decisión: **“Por otra parte, el Comité advierte que el § 366, referido a la tarea del Tribunal en caso de ser superado el test jurisdiccional establecido en el § 350, es un simple obiter que no**

forma parte del argumento central del Laudo, sin que ello signifique una contradicción entre este párrafo y el resto del Laudo considerado en su conjunto” (énfasis agregado).

172. **Luego el Comité en mayoría hace referencia al párrafo 371 del Laudo.**

Dice, en el párrafo 140 de su Decisión, que en dicho párrafo 371 del Laudo “...se sostiene, según la Demandante, que si las controversias legales de derecho nacional fueron ya decididas por los tribunales guatemaltecos, la Demandante tendría que haber demostrado, ‘fuera de toda duda’, que ‘la actuación de las cortes’ ‘violó’ el tratado” (énfasis agregado).

Y continúa, en el mismo párrafo 140, diciendo: “Sostiene Iberdrola que el Tribunal limita su jurisdicción sólo a los casos de violación efectiva de los estándares de protección del TBI por parte de las cortes nacionales. A juicio de Iberdrola, este párrafo reflejaría una serie de inconsistencias: (i) confunde nuevamente el test de jurisdicción con los requisitos de fondo; (ii) reduce la protección del TBI únicamente a casos de denegación de justicia; y (iii) de esta manera introduce una cláusula de elección de vías jurisdiccionales que no se encuentra en el TBI” (énfasis agregado).

173. El Comité en mayoría concluye, en su párrafo 141, respecto de lo que dice el Laudo en el párrafo 371: “El Comité considera que efectivamente el § 371 contiene un test jurisdiccional, pero éste funciona en un nivel distinto que el expuesto en el § 350. Una vez que el Tribunal ha concluido que Iberdrola ha presentado una disputa puramente local, que se encuentra fuera de su jurisdicción, aún mantiene competencia para pronunciarse sobre el tratamiento que le dieron los tribunales de Guatemala a la referida disputa. Este párrafo se encuentra al final de la sección sobre jurisdicción y el Tribunal ya había afirmado varias veces que la disputa presentada por Iberdrola era puramente local. Entonces, lo referido en el párrafo es consecuencia de que la disputa, en opinión del Tribunal, sea de derecho doméstico. Así, el Tribunal que carece de jurisdicción para resolver la disputa interna, constata que sí puede pronunciarse sobre la forma en que los tribunales nacionales trataron el asunto” (énfasis agregado).

Y culmina el Comité su conclusión diciendo: “Entendido de esta manera, el § 371 no se contradice con el párrafo § 350 del Laudo: el segundo establece cual es el test de jurisdicción aplicable y el primero se refiere a las cuestiones que positivamente puede

conocer el Tribunal una vez que el caso de Iberdrola no pasa el test anterior” (énfasis agregado).

174. Finalmente, el Comité en mayoría realiza una serie de consideraciones en refuerzo de su conclusión relativa al párrafo 371 del Laudo.

Así dice en el párrafo 142: “De la lectura del Laudo no se desprende que el Tribunal haya afirmado, como cuestión de principio, que el recurso a las cortes locales haya excluido cualquiera reclamación internacional diversa a la denegación de justicia. El contexto en que el Tribunal hace la afirmación del § 371 es muy ilustrativo de su sentido. El Tribunal ha analizado en todo el capítulo cuarto del Laudo los aspectos jurisdiccionales del caso de Iberdrola (sin que este Comité pueda pronunciarse acerca de la corrección de ese análisis y la calificación jurídica que concluye). En efecto, se han revisado en los 21 párrafos anteriores del Laudo las reclamaciones de expropiación, trato justo y equitativo, plena protección, entre otros estándares. Esta tarea es incoherente con asumir que el Tribunal estime que por haber recurrido Iberdrola a los tribunales locales, el Laudo puede sólo pronunciarse sobre denegación de justicia” (énfasis agregado).

175. Luego agrega el Comité en el párrafo 143: “Es cierto que a primera vista podría parecer que también se confunden cuestiones de fondo con jurisdiccionales, y el uso del condicional (“violaría el Tratado” o “podría haber violado el Tratado” en vez de “violó el Tratado”) habría aclarado el sentido del párrafo. Sin embargo, el examen posterior que hace el Laudo de la reclamación de denegación de justicia desmiente esta posible interpretación. Resulta obvio para el Comité, que para analizar esta pretensión de Iberdrola el Tribunal no se aparta en el § 371 de las directivas establecidas en el test jurisdiccional puramente hipotético establecido en el § 350” (énfasis agregado).

176. Por último, el Comité en mayoría concluye: “Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Comité concluye que no existe una contradicción en el test de jurisdicción utilizado que pueda llevar a la anulación por no expresar los motivos en que se funda, porque las imprecisiones conceptuales anotadas no afectan su coherencia” (énfasis agregado).

4.3.2.2. LA OPINIÓN DISIDENTE

177. **Tampoco tengo el honor de compartir muchas de las consideraciones del Comité en mayoría respecto de las eventuales contradicciones del Laudo.**

178. **En primer lugar, entiendo que las consideraciones basadas en lo que dispone el párrafo 366 del Laudo omiten mencionar que en un párrafo previo, el 357, se dice en el Laudo: ”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’” (énfasis agregado).**

Y de inmediato se dice en ese párrafo 357: **“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 de fondo), sino que se trata de comprobar que los hechos alegados, ‘de ser ciertos’, ‘podrían constituir una violación’ de las normas del Tratado’”** (énfasis agregado).

Para mayor confusión, el Tribunal –como se acaba de ver- afirma que Iberdrola **“parece reconocer”** la necesidad de demostrar que las acciones de Guatemala **“vulneraron”** efectivamente el Tratado para que el CIADI pueda tener jurisdicción y el Tribunal competencia, **a cuyo efecto transcribe la postura de Iberdrola donde ésta dice exactamente lo contrario.**

179. **En segundo lugar, me parece claro que en ambos párrafos del Laudo (357 y 366), interpretados contextualmente, el Tribunal hace referencia a la necesaria “vulneración” efectiva de las disposiciones del Tratado “para que exista competencia del CIADI y jurisdicción del Tribunal”, lo cual –como vimos en el precedente párrafo 178- se dice expresamente en el párrafo 357 del Laudo.**

180. **Sin embargo, el Comité en mayoría, cuando luego de decir en el párrafo 137 de su Decisión que “Puede parecer que el § 366 contiene un test que confunde cuestiones de**

fondo con problemas jurisdiccionales...”, descarta finalmente esta posible conclusión expresando en el párrafo 138 que “El Comité considera que el Laudo en este punto deja momentáneamente de lado el test jurisdiccional y se refiere a cuestiones de fondo, pero sólo para el caso hipotético que tuviese efectivamente jurisdicción”, **no hace mención alguna a que en el párrafo 357 del Laudo, refiriéndose al mismo requisito de “vulneración efectiva” del Tratado, el Tribunal dice expresamente –como vimos– que “Tal demostración es necesaria para que el CIADI pueda tener jurisdicción y el Tribunal competencia”.**

181. **Concordantemente con ello, entiendo que tampoco es correcta la conclusión del Comité en mayoría cuando sostiene, en mismo el párrafo 138 de su Decisión, que “el Tribunal declara, ‘de modo semánticamente equívoco’, que Iberdrola debiera haber demostrado violaciones a las obligaciones contraídas en el TBI”** (énfasis agregado).

Y tampoco es correcta a mi juicio, por la misma razón, la conclusión del Comité, en el mismo párrafo 138, de que “si bien la referencia al fondo de la disputa resulta innecesaria en el Laudo y está ‘equivocamente expresada’, aun así no es determinante para la comprensión contextual del Laudo” (énfasis agregado).

182. Por otra parte, creo importante resaltar otro argumento en que el Comité en mayoría fundamenta esta conclusión. Así dice, en el mismo párrafo 138: “En segundo lugar, el Tribunal no utilizó este supuesto test para la denegación de justicia, único reclamo que conoció en el fondo. Tal como se reseñó, el Laudo afirma que la reclamación de denegación de justicia se encontraba dentro de su jurisdicción y competencia, pero la rechazó por falta de fundamento. ‘Una solución como esa (aceptar la jurisdicción, pero rechazar por mérito) habría resultado imposible si se aplicara consistentemente el supuesto test de jurisdicción del § 366’” (énfasis agregado).

A mi juicio, este argumento del Comité en mayoría, en lo que a su entender es una interpretación del Laudo, lo que en realidad está haciendo –como lo he dicho antes respecto de otras consideraciones del Comité– es conjeturar sobre cuál puede haber sido el razonamiento del Tribunal, “llenando las lagunas existentes en el razonamiento del mismo por el suyo propio”, lo que según vimos supra en el párrafo 13 entiendo que no es pertinente.

El Comité en mayoría ingresa, a mi juicio equivocadamente, a realizar conjeturas relativas a lo que Taruffo denomina acertadamente –según vimos supra en el párrafo 22- el “razonamiento decisorio” del Tribunal, por contraposición con el “razonamiento justificativo” o “motivación de la sentencia” (en el caso, “motivación del Laudo”), que es el equivalente judicial del “*context of discovery*” de que hablaba Wasserstrom por oposición al “*context of justification*” (partiendo de la distinción notoria entre los epistemólogos entre la decisión y la justificación).

Como vimos supra, dice Taruffo –a mi juicio con una contundencia irrefutable- “la única parte del razonamiento del juez que se puede analizar concretamente es la motivación de la sentencia”, en tanto los mecanismos psicológicos que han tenido lugar en la mente del juez no le interesan a nadie (y en el caso de las sentencias colegiadas el que escribe la motivación no tiene la posibilidad de describir ni conocer los procedimientos mentales de todos los que participaron en la deliberación). “Lo que se le exige al juez –concluye con acierto el autor- es exponer los argumentos en función de los cuales el observador externo (las partes, los abogados, los otros jueces, la opinión pública) puede considerar que esa decisión está fundada tanto lógicamente como jurídicamente”. Y concluye -a mi juicio con certera precisión- que “si este razonamiento no está expresado en la motivación, nadie sabrá nada de él y la sentencia que no esté motivada, o que lo esté de mala manera, carecerá en todo caso de una justificación apreciable”.

183. A su vez, el Comité en mayoría expresa en el párrafo 137: “Siguiendo la interpretación de Iberdrola, el test enunciado en este párrafo llevaría a que el CIADI sólo tendría jurisdicción y el Tribunal competencia si efectivamente existiera una violación al TBI”, y agrega que “esta afirmación sería equivalente a decir que el Tribunal sólo tiene jurisdicción para acoger las demandas, pues si la demanda debe ser rechazada quedaría al mismo tiempo fuera de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal...” (énfasis agregado).

A mi juicio, este razonamiento, tendiente a justificar la inexistencia de contradicciones en el Laudo, constituye una típica petición de principio donde se esgrime como argumento en favor de la coherencia del Laudo precisamente lo que se debe demostrar (que el Laudo no es contradictorio), mediante la atribución de

un resultado absurdo al argumento de la Demandante que derivaría del supuesto previo de que no hay contradicción de las afirmaciones del Laudo.

Por otra parte, cuando el Tribunal hace referencia en los párrafos 357 y 366 del Laudo a la “*efectiva violación*” del Tratado, no llega al extremo de sostener que esa violación se daría si los hechos que alegó la Demandante, “*de ser probados*”, constituirían una violación del Tratado, como se dice en la conclusión del párrafo 350 del Laudo. Por tanto, el argumento del Comité en mayoría de que la interpretación de Iberdrola “*sería equivalente a decir que el Tribunal sólo tiene jurisdicción para acoger las demandas, pues si la demanda debe ser rechazada quedaría al mismo tiempo fuera de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal...*”, carece totalmente de fundamento.

184. Respecto de la posible contradicción de las afirmaciones del Tribunal en el párrafo 371 del Laudo, dice el Comité en mayoría, en el párrafo 141 de su Decisión –como vimos-, que “El Comité considera que efectivamente el § 371 contiene un test jurisdiccional, pero éste funciona en un nivel distinto que el expuesto en el § 350” (énfasis agregado).

También vimos que fundamenta su conclusión expresando: “Una vez que el Tribunal ha concluido que Iberdrola ha presentado una disputa puramente local, que se encuentra fuera de su jurisdicción, aún mantiene competencia para pronunciarse sobre el tratamiento que le dieron los tribunales de Guatemala a la referida disputa. Este párrafo se encuentra al final de la sección sobre jurisdicción y el Tribunal ya había afirmado varias veces que la disputa presentada por Iberdrola era puramente local. Entonces, lo referido en el párrafo es consecuencia de que la disputa, en opinión del Tribunal, sea de derecho doméstico. Así, el Tribunal que carece de jurisdicción para resolver la disputa interna, constata que sí puede pronunciarse sobre la forma en que los tribunales nacionales trataron el asunto” (énfasis agregado).

Y culmina el Comité su conclusión en el párrafo 141 diciendo: “Entendido de esta manera, el § 371 no se contradice con el párrafo § 350 del Laudo: el segundo establece cual es el test de jurisdicción aplicable y el primero se refiere a las cuestiones que positivamente puede conocer el Tribunal una vez que el caso de Iberdrola no pasa el test anterior” (énfasis agregado).

185. Luego expresa en el párrafo 142: “De la lectura del Laudo no se desprende que el Tribunal haya afirmado, como cuestión de principio, que el recurso a las cortes locales haya excluido cualquiera reclamación internacional diversa a la denegación de justicia. El contexto en que el Tribunal hace la afirmación del § 371 es muy ilustrativo de su sentido. El Tribunal ha analizado en todo el capítulo cuarto del Laudo los aspectos jurisdiccionales del caso de Iberdrola (sin que este Comité pueda pronunciarse acerca de la corrección de ese análisis y la calificación jurídica que concluye). En efecto, se han revisado en los 21 párrafos anteriores del Laudo las reclamaciones de expropiación, trato justo y equitativo, plena protección, entre otros estándares. Esta tarea es incoherente con asumir que el Tribunal estime que por haber recurrido Iberdrola a los tribunales locales, el Laudo puede sólo pronunciarse sobre denegación de justicia” (énfasis agregado).

Y agrega el Comité en el párrafo 143: “Es cierto que a primera vista podría parecer que también se confunden cuestiones de fondo con jurisdiccionales, y el uso del condicional (“violaría el Tratado” o “podría haber violado el Tratado” en vez de “violó el Tratado”) habría aclarado el sentido del párrafo. Sin embargo, el examen posterior que hace el Laudo de la reclamación de denegación de justicia desmiente esta posible interpretación. Resulta obvio para el Comité, que para analizar esta pretensión de Iberdrola el Tribunal no se aparta en el § 371 de las directivas establecidas en el test jurisdiccional puramente hipotético establecido en el § 350” (énfasis agregado).

186. Por último, el Comité en mayoría concluye en el párrafo 144, respecto de las posibles contradicciones con la “premisa básica” de la conclusión del Tribunal contenida en el párrafo 350 del Laudo, existentes en los párrafos 366 y 371 del mismo (aunque sin mención al párrafo 357, como vimos *supra*): “Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Comité concluye que no existe una contradicción en el test de jurisdicción utilizado que pueda llevar a la anulación por no expresar los motivos en que se funda, porque las imprecisiones conceptuales anotadas no afectan su coherencia” (énfasis agregado).

187. Finalmente, debemos recordar que el Comité en mayoría también expresa, en el párrafo 139 de su Decisión, con respecto a la alegada contradicción contenida en el párrafo 366 del Laudo: *“Por otra parte, el Comité advierte que el § 366, referido a la tarea del Tribunal en caso de ser superado el test jurisdiccional establecido en el § 350, es un simple obiter que no forma parte del argumento central del Laudo, sin que ello signifique una contradicción entre este párrafo y el resto del Laudo considerado en su conjunto”* (énfasis agregado).
188. Sin perjuicio de mi discrepancia respecto de algunos de los argumentos puntuales del Comité en mayoría para fundamentar la inexistencia de contradicciones en el Laudo, que he señalado *supra* en algunos de los párrafos precedentes, tampoco concuerdo con el razonamiento general del Comité relativo al significado que cabe otorgar a las afirmaciones del Tribunal contenidas en los párrafos 366 y 371 del Laudo y su interpretación de que en el § 366 *“el Laudo deja momentáneamente de lado el test jurisdiccional y se refiere a cuestiones de fondo, pero sólo para el caso hipotético que tuviese efectivamente jurisdicción”*²⁷³ y que *“si bien la referencia al fondo de la disputa resulta innecesaria en el Laudo y está equívocamente expresada, aun así no es determinante para la comprensión contextual del Laudo”*²⁷⁴, así como que *“el § 371 contiene un test jurisdiccional, pero éste funciona en un nivel distinto que el expuesto en el § 350”*²⁷⁵, que *“el § 371 no se contradice con el párrafo § 350 del Laudo: el segundo establece cual es el test de jurisdicción aplicable y el primero se refiere a las cuestiones que positivamente puede conocer el Tribunal una vez que el caso de Iberdrola no pasa el test anterior”*²⁷⁶ y que *“Resulta obvio para el Comité, que para analizar esta pretensión de Iberdrola el Tribunal no se aparta en el § 371 de las directivas establecidas en el test jurisdiccional puramente hipotético establecido en el § 350”*²⁷⁷, así como también, respecto tanto del párrafo 366 como del 371 (aunque sin mención al párrafo 357), que *“Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Comité concluye que no existe una contradicción en el test de jurisdicción utilizado que pueda llevar a la anulación por no expresar los motivos en*

²⁷³ Decisión del Comité en mayoría, párr. 138.

²⁷⁴ Id., párr.138.

²⁷⁵ Id., párr. 141.

²⁷⁶ Id., párr. 141.

²⁷⁷ Id., párr. 143.

que se funda, porque las imprecisiones conceptuales anotadas no afectan su coherencia".²⁷⁸

189. Iberdrola alega que esta posición del Tribunal implica agregar, a lo que llama "*test prima facie*" que debe realizar para determinar si existe jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal (basado en la "*premisa básica*" contenida en el párrafo 350 del Laudo), y también agregar a lo que llama "*segundo test*" (basado en el requisito de la existencia de una efectiva violación del Tratado que estaría contenido en los párrafos 357 y 366), un "*tercer test*" (basado en el requisito que estaría contenido en el párrafo 371) que considera improcedente al igual que el "*segundo test*".²⁷⁹

Es claro que no corresponde al Comité *ad hoc* considerar si asiste razón a Iberdrola en cuanto a que el Tribunal agregó indebidamente dos tests al "*test prima facie*". Pero independientemente de que el Tribunal haya realizado o no dos tests improcedentes (cuestión controvertida por las Partes que no corresponde al Comité resolver), lo que sí corresponde al Comité considerar es si existen en el Laudo, y más específicamente en los párrafos 357, 366 y 371, afirmaciones contradictorias con la "*premisa básica*" del Tribunal contenida en el párrafo 350 del Laudo.

190. **Al respecto, entiendo que no es posible ignorar que las afirmaciones contenidas en los párrafos 357, 366 y 371 del Laudo están contenidos en el mismo Título 5 relativo a "Conclusiones sobre la Jurisdicción del CIADI y Competencia del Tribunal Arbitral" del Capítulo IV relativo a "Consideraciones del Tribunal respecto a la Excepción a la Jurisdicción y a la Competencia", en cuyo párrafo 350 se formula la multicitada "*premisa básica*" de la conclusión del propio Tribunal consistente en que "*el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si ésta [Iberdrola] hubiera demostrado que los hechos que alegó, 'de ser probados', 'podrían constituir' una violación del Tratado*".**

Premisa básica esta de la conclusión del Tribunal respecto de la cual, en el propio párrafo 350, se dice que "*según se analizará a continuación*" la Demandante "*no demostró*" sino que "*se limitó a someter a la consideración del Tribunal una*

²⁷⁸ Id., párr. 144.

²⁷⁹ Memorial de Demanda de Anulación, Parte III, capítulo 8, numeral 8.1, párrs. 349 y ss.

controversia de derecho nacional guatemalteco”, análisis que el Tribunal se aboca a realizar en los párrafos siguientes del referido Título 5 del Capítulo IV, entre los cuales están –como vimos- los párrafos 357, 366 y 371 del Laudo.

191. Adicionalmente, en cuanto a las conclusiones del Comité en mayoría respecto de que las afirmaciones del Laudo contenidas en el párrafo 371 refieren a la causal anulatoria de denegación de justicia, entiendo que tampoco es posible ignorar que la reclamación de Iberdrola de que en el caso hubo denegación de justicia es tratado por el Tribunal en el Capítulo V del Laudo relativo a “La Pretensión de Denegación de Justicia”, en forma totalmente separada de las reclamaciones de Iberdrola por la violación de los estándares de los arts. 3 y 5 del Tratado, que el Laudo trata precisamente en el Capítulo IV donde examina si existe jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal para conocer y pronunciarse sobre esas reclamaciones, llegando a su conclusión negativa al respecto.

Tampoco es cosa menor, a mi juicio, el hecho de que es a continuación del citado párrafo 371 que el Laudo concluye, en el párrafo 373, cerrando el título 5 y todo el capítulo IV: “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” (énfasis agregado).

A mi criterio, la propia circunstancia de que el Laudo sistematice las distintas reclamaciones efectuadas por Iberdrola y los diferentes aspectos de cada una de ellas en capítulos, títulos y subtítulos separados, a lo largo de 127 extensas páginas, determina que pretender que en alguno de ellos se está refiriendo a una reclamación diferente a la allí tratada (que a su vez es tratada en otro capítulo, título o subtítulo específico para dicha reclamación) no hace más que confirmar que, en la mejor de las hipótesis, si se entendiera que este argumento del Laudo no es “*contradictorio*” con la “*premisa básica*” del mismo para denegar la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones de Iberdrola por la violación de los estándares de los arts. 3 y 5 del Tratado, no puede

negarse que es por lo menos sumamente “*confuso*” u “*oscuro*”, lo que –como hemos visto *supra* en el capítulo III- puede equivaler a “*ausencia de motivación*” en tanto no permite seguir con claridad el razonamiento del Tribunal para evaluar los fundamentos de su decisión.

192. Ahora bien, como lo he dicho *supra* en el párrafo 101, a mi juicio, las carencias del Laudo que he expuesto en el numeral 4.1.1.2, literales (A), (B), (C) y (D), párrafos 44 a 100, son suficientes para concluir que se han configurado en el caso las causales anulatorias de “*extralimitación manifiesta en sus facultades*” por parte del Tribunal, así como también una “*grave falta de motivación*” de sus decisiones, que ameritan la anulación del Laudo por parte del Comité *ad hoc*.
193. De modo que aún si, como se sostiene en la Decisión del Comité en mayoría, las contradicciones señaladas pudieran no ser suficientes por sí para anular el Laudo, a mi juicio no cabe duda que son elementos que agregan confusión a los fundamentos de la decisión del Tribunal, que coadyuvan a la conclusión de que pecan de insuficiencia e incoherencia e impiden seguir con razonable claridad el proceso de su razonamiento.

Lo cual, a mi juicio, llevan a que el Comité realice –aun sin proponérselo- consideraciones conjeturales respecto de cuál fue el razonamiento del Tribunal, “*llenando las lagunas existentes en el Laudo sustituyendo el razonamiento del Tribunal por el suyo propio*”, que además tienen relación con el “*razonamiento decisorio*” del Tribunal y no con el “*razonamiento justificativo*” del mismo o “*motivación del Laudo*”, que constituye, como bien dice Taruffo, “*la única parte del razonamiento del tribunal que se puede analizar concretamente*”.

[firmado]

Dr. José Luis Shaw
Miembro del Comité *ad hoc*
Fecha: 29-12-2014