

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

En el procedimiento de arbitraje entre

**GRUPO ENERGÍA BOGOTÁ S.A. E.S.P. Y TRANSPORTADORA DE ENERGÍA DE
CENTROAMÉRICA S.A.**

Demandantes

y

REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

Caso CIADI No. ARB/20/48

DECISIÓN SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES

Miembros del Tribunal

Lic. Eduardo Siqueiros, Presidente del Tribunal

Sr. Alexis Mourre, Árbitro

Prof. Ricardo Ramírez, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Marisa Planells-Valero

Fecha de envío a las Partes: 24 de noviembre de 2023

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A.:

Sr. Rafael Llano
Sra. Marièle Coulet-Díaz
White & Case, S.C.
Torre del Bosque – PH
Blvd. Manuel Ávila Camacho 24
Col. Lomas de Chapultepec
Del. Miguel Hidalgo
11000, Ciudad de México
México

Sr. Sean Goldstein
White & Case LLP
Southeast Financial Center
200 South Biscayne Boulevard
Suite 4900
Miami, FL 33131-2352
Estados Unidos de América

Sr. Jonathan C. Hamilton
White & Case LLP
701 13th St NW # 600
Washington, DC 20005
Estados Unidos de América

En representación de la República de Guatemala

Sra. Luz Mariana Pérez Contreras
Ministra de Economía
Sra. María Luisa Flores Villagrán
Viceministra de Integración y Comercio Exterior
Sra. Victoria Elizabeth Meza Cortéz
Directora de Administración del Comercio Exterior
Sra. Karla Estefanía Liquez Aldana
Sra. Ivannia Yahaira Maykan Ponce Zavala
Sra. Tania Desirée Guzmán Lara
Sra. Luisa Fernanda Medina Montenegro
Sra. Gabriela Pérez
Dirección de Administración del Comercio Exterior,
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43 Zona 1
Guatemala, Guatemala

Sr. Wuelmer Ubener Gómez González
Procurador General de la Nación
Sra. Rita Castejón
Sr. Cristian Rodríguez
Sra. Elisa Díaz
Sr. Julio Santiz
Sr. Andres Puente
Procuraduría General de la Nación
15 Av. 9-69, Zona 13
Guatemala, C.A. 01013, Guatemala

Sr. Eduardo Silva Romero
Sra. Catalina Echeverri Gallego
Sra. Ana María Durán López
Sr. Santiago Soto García
Dechert LLP
32 rue de Monceau,
París 75008, Francia

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	1
III.	LOS ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
	A. El marco de inversiones en el sector eléctrico en Guatemala	6
	B. Las Medidas	8
IV.	OBJECIONES PRELIMINARES DE LA DEMANDADA.....	9
	A. Posición de la Demandada	9
	A). El Tribunal Tiene la Obligación de Decidir Sobre las Objeciones Preliminares Antes de Pronunciarse Sobre el Fondo del Caso	10
	B). El Tribunal Carece de Jurisdicción Para Pronunciarse Sobre los Reclamos que, de ser Probados, no Podrían Constituir una Violación del Tratado.....	11
	C). El Tribunal Carece de Jurisdicción Sobre los Reclamos que han Prescrito de conformidad con el Tratado	26
	D). El Tribunal Carece de Jurisdicción sobre los Reclamos que las Demandantes ya Eligieron Someter a los Tribunales Competentes de Guatemala.....	30
	E). El Tribunal debe Inadmitir los Reclamos sobre Actos Administrativos para los cuales las Demandantes no han Agotado la Vía Gubernativa.....	35
	B. Posición de las Demandantes	38
	A). Las Objeciones de Guatemala son infundadas bajo el Tratado y la jurisprudencia.....	43
	B). Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado	47
	C). Las Demandantes no impugnan conductas prescritas bajo el Tratado	72
	D). Elección de Vía. Las Demandantes no han planteado acciones bajo el Tratado ante cortes locales.....	78
	E). La legislación guatemalteca no exige el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acciones bajo el Tratado.....	82
	C. El Análisis del Tribunal.....	85
	A). Respecto de la Alegada Obligación a Cargo del Tribunal de Decidir sobre las Objeciones Preliminares antes de que se Pronuncie sobre el Fondo	85
	B). Respecto a si los Reclamos, de ser Probados, Podrían Constituir una Violación del Tratado	90
	C). Respecto a si el Tribunal puede Pronunciarse sobre las Violaciones de Cláusulas Paraguas por medio de la Cláusula NMF	100

D).	Respecto a si los Reclamos han Prescrito de conformidad con el Tratado.....	102
E).	Respecto a si las Demandantes han planteado acciones bajo el Tratado ante las cortes locales	106
F).	Respecto a si la legislación guatemalteca exige el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acciones bajo el Tratado.....	110
V.	COSTAS	112
VI.	DECISIÓN.....	113

TABLA DE ABREVIACIONES SELECCIONADAS/TÉRMINOS DEFINIDOS

Audiencia sobre Objeciones Preliminares	Audiencia sobre Objeciones Preliminares celebrada el 26 de septiembre de 2023
C-[#]	Anexo de las Demandantes
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
Cláusula de NMF	Cláusula de Nación Mas Favorecida, en Artículo 12.6 del Tratado
CNEE	Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala
Contestación a Objeciones	Escrito de Contestación a Objeciones Preliminares presentado por las Demandantes de fecha 25 de mayo de 2023
Contrato	Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E y F celebrado el 22 de febrero de 2010 entre TRECSA y el MEM
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1 de enero de 1969
Demandada o Guatemala	República de Guatemala
Demandantes	Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A.
Dúplica sobre Objeciones	Escrito de Dúplica sobre Objeciones Preliminares presentado por las Demandantes de fecha 2 de septiembre de 2023
Escrito de Objeciones	Escrito de Objeciones Preliminares de la República de Guatemala de fecha 10 de abril de 2023
Escrito sobre Costos de las Demandantes	Escrito sobre Costos de las Demandantes de fecha 17 de octubre de 2023

Escrito sobre Costos de Guatemala	Escrito sobre Costos de la República de Guatemala de fecha 17 de octubre de 2023
GEB	Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.
LGE	Ley General de Electricidad de fecha 16 de octubre de 1996
MEM	Ministerio de Energía y Minas
NMF	Nación Más Favorecida
Objeciones Preliminares	Objeciones Preliminares presentadas por la República de Guatemala en su Escrito de Objeciones Preliminares de fecha 10 de abril de 2023
PNC	Policía Nacional Civil de Guatemala
Proyecto PET o el Proyecto	Obras del Proyecto PET-01-2009 para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por medio de la adjudicación del valor de Canon Anual
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de 2006
Réplica sobre Objeciones	Escrito de Réplica sobre Objeciones Preliminares presentado por la Demandada de fecha 17 de julio de 2023
Resolución 2017-1515	Resolución 2017-1515 del 14 de septiembre de 2017
Resolución 770-2018	Resolución 770- 2018 del 13 de abril de 2018
Resolución No. 214- 2021	Resolución No. 214-2021 del 19 de febrero de 2021
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
Solicitud de Acumulación	La Solicitud de Acumulación de los casos CIADI Nos. ARB/20/48 y ARB/21/59 bajo un solo procedimiento arbitral, presentada el 14 de diciembre de 2021 por las Demandantes de conformidad con el Artículo 12.28(2) del Tratado.
Solicitud de Arbitraje No. 1	Solicitud de Arbitraje presentada por las Demandantes, recibida por la Secretario General del CIADI el 9 de octubre de 2020.

Solicitud de Arbitraje No. 2	Solicitud de Arbitraje presentada por las Demandantes, recibida por la Secretario General del CIADI el 12 de octubre de 2021.
Solicitudes de Arbitraje	En conjunto, la Solicitud de Arbitraje No. 1 y la Solicitud de Arbitraje No. 2.
TJE	Trato Justo y Equitativo
Tratado	Tratado de Libre Comercio entre Colombia y El Salvador, Guatemala y Honduras, que entró en vigor entre Guatemala y Honduras el 12 de noviembre de 2009
TRECSA	Transportadora de Energía de Centroamérica S.A.
Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 13 de julio de 2022

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente caso se refiere a una controversia presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) sobre la base del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y El Salvador, Guatemala y Honduras, el cual entró en vigor entre Colombia y Guatemala el 12 de noviembre de 2009 (el “**Tratado**”), y las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 10 de abril de 2006.
2. Las Demandantes son Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. (“**GEB**”), una sociedad debidamente constituida conforme a las leyes de Colombia, y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A. (“**TRECSA**”), una sociedad debidamente constituida conforme a las leyes de Guatemala (en conjunto, las “**Demandantes**”).
3. La Demandada es la República de Guatemala (la “**Demandada**” o “**Guatemala**”).
4. Se hará referencia a las Demandantes y la Demandada en forma conjunta como las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus direcciones se mencionan en la página (i) *supra*.
5. Esta decisión aborda las objeciones preliminares presentadas por la Demandada de conformidad con los Artículos 12.23.5 y 12.23.6 del Tratado.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

6. El 3 de noviembre de 2020, de conformidad al Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“**Convenio del CIADI**”), la Secretaria General del CIADI registró como caso CIADI No. ARB/20/48 la Solicitud de Arbitraje presentada el 9 de octubre de 2020 por Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A. contra la República de Guatemala.¹ El 9 de diciembre de 2021, de conformidad al Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, la Secretaria General del CIADI registró, como caso CIADI No. ARB/21/59, la segunda Solicitud de Arbitraje presentada el 12 de octubre de 2021 por Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A. contra la República de Guatemala.² Ambas Solicitudes fueron presentadas con base en el Tratado.
7. El 10 de diciembre de 2021, de conformidad con el Artículo 12.28(2) del Tratado, las Demandantes solicitaron la acumulación de los casos CIADI Nos. ARB/20/48 y ARB/21/59 bajo un solo procedimiento arbitral (la “**Solicitud de Acumulación**”). El 14 de diciembre de

¹ La Solicitud de Arbitraje fue complementada mediante carta de 30 de octubre de 2020.

² La Solicitud de Arbitraje fue complementada mediante cartas de 5 de noviembre y 1 de diciembre de 2021.

2021 la Demandada se opuso a la Solicitud de Acumulación. El Centro recibió comunicaciones adicionales de las Demandantes el 24 de diciembre de 2021 y el 7 de enero de 2022 y de la Demandada el 24 de diciembre de 2021, así como el 5 y 9 de enero de 2022.

8. El 10 de enero de 2022, de conformidad con el Artículo 12.28(3) del Tratado, la Secretaria General del CIADI determinó que la Solicitud de Acumulación no era manifiestamente infundada y que, de conformidad con el Artículo 12.18(4) del Tratado, se debía proceder al establecimiento de un tribunal de acumulación encargado de constatar si se han “presentado a arbitraje dos o más reclamaciones conforme al Artículo 12.18 (5), que planteen una cuestión común de hecho o de derecho, y que surja de los mismos hechos o circunstancias”.
9. El 7 de febrero de 2022, de conformidad con el Artículo 12.28(4) del Tratado, las Demandantes informaron del acuerdo alcanzado por las Partes para la constitución del Tribunal de Acumulación, el cual debía ser integrado por tres árbitros, uno nombrado por cada Parte, y el tercero, arbitro presidente, a ser nombrado por acuerdo de las Partes. Las Partes realizaron clarificaciones adicionales sobre el acuerdo alcanzado el 11 de febrero de 2022.
10. El 13 de julio de 2022, de conformidad con la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Secretaria General notificó a las Partes de la constitución del Tribunal de Acumulación conformado por el Lic. Eduardo Siqueiros, nacional de México, en calidad de Presidente, nombrado por acuerdo de las Partes; el señor Alexis Mourre, nacional de Francia, nombrado por las Demandantes; y el Profesor Ricardo Ramírez, nacional de México, nombrado por la Demandada (el “**Tribunal**”). En esa misma fecha se dio por iniciado el procedimiento de acumulación y se designó a la Sra. Marisa Planells-Valero, Consejera Jurídica del CIADI, como Secretaria del Tribunal.
11. El 22 de julio de 2022 las Partes informaron al Tribunal del acuerdo alcanzado para la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 al procedimiento de acumulación. Las Partes también acordaron que, una vez el Tribunal emitiese su decisión sobre la acumulación de los procedimientos, deberían aplicarse las Reglas de Arbitraje del CIADI al resto del/ de los procedimiento(s).
12. El 31 de agosto de 2022 las Partes informaron al Tribunal del acuerdo alcanzado para la acumulación de los casos CIADI Nos. ARB/20/48 y ARB/21/59 bajo un solo procedimiento. En particular, las Partes indicaron lo siguiente:
 1. *Las Partes acuerdan la acumulación de los casos CIADI No. ARB/20/48 y No. ARB/21/59 en un solo procedimiento arbitral (el “Arbitraje Acumulado”).*
 2. *Las Partes acuerdan que dicha acumulación es sin perjuicio de la interpretación de la República de Guatemala respecto del alcance del artículo 12.28 del Tratado, y que no afectará la validez del Arbitraje Acumulado ni la decisión del Tribunal Arbitral en el mismo.*

3. *Las Partes acuerdan que el Tribunal de Acumulación asuma competencia para conocer y determinar en el Arbitraje Acumulado la totalidad de las reclamaciones presentadas por los demandantes, así como las eventuales objeciones a la admisibilidad de las reclamaciones y a la jurisdicción del tribunal que la República de Guatemala pueda presentar, en el momento procesal oportuno, en el marco del Arbitraje Acumulado.*
 4. *En consecuencia, las Partes respetuosamente solicitan al Tribunal de Acumulación que emita una orden mediante la cual establezca la acumulación y asuma competencia para conocer y determinar en el Arbitraje Acumulado la totalidad de las reclamaciones presentadas por los demandantes en los términos de los numerales 1 a 3 supra (“Orden de Acumulación”).*
13. El 4 de septiembre de 2022 el Tribunal comunicó a las Partes su entendimiento de que, como consecuencia del acuerdo alcanzado, se daría por terminado el procedimiento de acumulación y realizó un número de propuestas procesales para la implementación práctica de este acuerdo. El 8 de septiembre de 2022, las Demandantes presentaron comentarios en relación con las propuestas del Tribunal. El Tribunal realizó comentarios al respecto el 9 de septiembre de 2022.
 14. El 13 de septiembre de 2022 el Tribunal y las Partes celebraron una reunión procesal en la que las Partes presentaron comentarios adicionales en cuanto al contenido de la Orden de Acumulación y el manejo práctico del Arbitraje Acumulado. Las Partes confirmaron que habían acordado que el Tribunal constituido para conocer del procedimiento de acumulación asumiese la competencia para conocer y determinar conjuntamente la totalidad de las reclamaciones presentadas en los casos CIADI Nos. ARB/20/48 y ARB/21/59 según lo indicado en su acuerdo de 31 de agosto de 2022.
 15. Las Partes acordaron además que, a efectos prácticos, (a) todas las reclamaciones presentadas debían ser acumuladas bajo el caso CIADI No. ARB/20/48 y que (b) el caso CIADI ARB/21/59 debía ser terminado de conformidad con la Regla 43 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Las Partes se reservaron todos sus derechos.
 16. Asimismo, en esa misma fecha y de conformidad con el acuerdo de las Partes y habiendo asumido la competencia para conocer y determinar conjuntamente la totalidad de las reclamaciones presentadas en los casos CIADI Nos. ARB/20/48 y ARB/21/59, el Tribunal también celebró su Primera Sesión.
 17. El 27 de septiembre de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 – Orden de Acumulación, dejando constancia del acuerdo de las Partes para la acumulación de los casos CIADI Nos. ARB/20/48 y ARB/21/59 bajo un solo procedimiento arbitral. La Orden de Acumulación estableció, *inter alia*, que (a) el Tribunal “*asume la competencia para conocer y determinar conjuntamente la totalidad de las reclamaciones presentadas*” en el Arbitraje

Acumulado y que (b) la totalidad de las reclamaciones quedaban acumuladas bajo el caso CIADI No. ARB/20/48.

18. El 28 de octubre de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 dejando constancia del acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales y de la decisión del Tribunal acerca de las cuestiones controvertidas. La Resolución Procesal No. 2 estableció, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas en vigor a partir del 10 de abril de 2006, que el idioma del procedimiento sería el español, y que el lugar del procedimiento sería Washington D.C. La Resolución Procesal No. 2 estableció, asimismo, el calendario procesal aplicable al presente arbitraje.
19. El 25 de febrero de 2023, las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda, junto con las declaraciones testimoniales de Juan Ricardo Ortega López, Juanita García Clopatofsky, Mauricio Pablo Acevedo Arredondo, Sergio Estuardo Día León y Linda Carolina Burbano Erazo, así como los informes periciales de Rodolfo Alegría Toruño y Accuracy (“Análisis de Retrasos” y “Cuantificación de Daños”), los anexos fácticos C-0001 a C-0742 y las autoridades legales CL-0001 a CL-0056 y CL-0058 a CL-0130, y los apéndices 1 (“Medidas Municipales”) y 2 (“Fechas de Pago Efectivo del Canon Anual”).
20. El 10 de abril de 2023, la Demandada presentó su Escrito de Objeciones Preliminares, junto con los anexos fácticos R-0001 a R-0011 y las autoridades legales RL-0001 a RL-0049, y los Anexos A (“Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas”) y B (“Resoluciones para las que no se agotó la Vía Administrativa”) (el “**Escrito de Objeciones**”).
21. El 12 de abril de 2023, el Tribunal informó a las Partes que, de conformidad con el Artículo 12.23.5 (c) del Tratado, el procedimiento sobre el fondo del litigio quedaba suspendido hasta la resolución de las Objeciones Preliminares de la Demandada. Asimismo, el Tribunal confirmó que, para la resolución de estas Objeciones Preliminares, (a) se seguiría el Calendario Procesal No. II, titulado “Escenario con Objeciones Preliminares” previsto en el Anexo A de la Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 2022 y (b) se celebraría una Audiencia sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada.
22. El 25 de mayo de 2023, las Demandantes presentaron su Escrito de Contestación a Objeciones Preliminares de la Demandada, junto con los anexos fácticos C-0743 a C-0771 y las autoridades legales CL-0132 a CL-0230. Adicionalmente, las Demandantes presentaron el Apéndice 1 (“Medidas Municipales (Actualización)”), el Apéndice 2 (“Contestación a supuestas violaciones pre-fechas críticas”), y el Apéndice 3 (“Tratados de Protección de Inversiones Suscritos por Guatemala”) (la “**Contestación a Objeciones**”).
23. El 17 de julio de 2023, la Demandada presentó su Réplica sobre Objeciones Preliminares, junto con los anexos fácticos R-0012 a R-0013, las autoridades legales RL-0050 a RL-0079,

y el anexo A (“Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas (actualizado)” (la “**Réplica sobre Objeciones**”).

24. El 2 de septiembre de 2023, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Objeciones Preliminares, junto con los anexos fácticos C-0772 a C-0778, las autoridades legales CL-0231 a CL-0282 y el Apéndice 2 (“Contestación a supuestas violaciones pre-fechas críticas (actualizado)”) (la “**Dúplica sobre Objeciones**”).
25. El 26 de septiembre de 2023, se celebró una audiencia sobre las objeciones preliminares (la “**Audiencia sobre Objeciones Preliminares**”) en las instalaciones del CIADI en Washington D.C. Las siguientes personas estuvieron presentes en la Audiencia sobre Objeciones Preliminares.

Tribunal:

Lic. Eduardo Siqueiros	Presidente
Sr. Alexis Mourre	Árbitro
Prof. Ricardo Ramírez	Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sra. Marisa Planells-Valero	Secretaria del Tribunal
-----------------------------	-------------------------

En representación de las Demandantes:

Abogados:

Sr. Rafael Llano	White & Case
Sr. Jonathan C. Hamilton	White & Case
Sr. Sean Goldstein	White & Case
Sra. Marièle Coulet-Diaz	White & Case
Sra. Sabina Hidalgo Peralta	White & Case

Partes:

Sr. Néstor Raúl Fagua Guauque	Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.
Sra. Juanita García Clopatofsky	Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.
Sra. Loredana De Trizio Ayala	Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.
Sr. Sergio Estuardo Díaz León	Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A.
Sra. Mariana Orantes Salazar	Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A.

En representación de la Demandada:

Abogados:

Sr. Eduardo Silva Romero	Dechert LLP
Sra. Catalina Echeverri Gallego	Dechert LLP
Sra. Ana María Durán López	Dechert LLP

Partes:

Lic. Wuelmer Ubener Gómez González	Procurador General de la Nación
Lic. Julio Eduardo Santiz Gámez	Profesional de la Unidad de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la Nación
Lcda. Maria Luisa Flores Villagrán	Viceministra de Integración y Comercio Exterior
Lcda. Karla Estefania Liquez Aldana	Asesora Legal Dirección de Administración del Comercio Exterior
Lcda. Tania Desireé Guzmán Lara	Asesora Legal Dirección de Administración del Comercio Exterior

III. LOS ANTECEDENTES DE HECHO

26. Aunque en esta etapa procesal no se examina el mérito de los reclamos de las Demandantes, sino sólo las objeciones preliminares presentadas por Guatemala, se presenta a continuación una descripción sucinta de los hechos y de las medidas alegadas por las Demandantes como violatorias del Tratado a fin de brindar un contexto al caso.

A. EL MARCO DE INVERSIONES EN EL SECTOR ELÉCTRICO EN GUATEMALA

27. Las Demandantes narran que de 1885 a 1959, el sector eléctrico de Guatemala estuvo caracterizado por la participación privada mediante “*concesiones territoriales*” privadas, “*en la cual una empresa verticalmente integrada... proveía los servicios de generación, transmisión y distribución del servicio eléctrico*”.³ En ese contexto, “*se construye[ron] las primeras plantas generadoras y empresas de distribución, todas privadas, en su mayoría operando bajo concesiones para vender energía en áreas específicas*”.⁴ Más adelante, el Estado comenzó a adquirir un rol preponderante en el sector eléctrico.

28. Señalan que la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986 significó un cambio fundamental en el marco para la inversión en el sector eléctrico.⁵ Primero, la Constitución declaró en su Artículo 129, titulado “*Electrificación*”, de “*urgencia nacional, la electrificación del país, con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada*”. Además, mencionan las Demandantes que el Artículo 119 de dicha Constitución, titulado “*Obligaciones del Estado*”, “*dio un paso fundamental para atraer la inversión privada al establecer que era una ‘obligación*

³ Memorial de Demanda, ¶ 23. Citan al Ministerio de Energía y Minas (“MEM”) (Javier Calderón Abullarde), Energía y Potencia para Guatemala, Los estadios del Subsector Eléctrico 1883-2017, abril de 2018 (C-3), pág. 21

⁴ Citan a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (“CNEE”), Informe de Gestión 1997-2002, 28 de mayo de 2002 (C-4), pág. 7.

⁵ Memorial de Demanda, ¶ 26. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985 (C-6).

fundamental del Estado ‘*crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros*’.⁶ A su vez, el Artículo 194 de la Constitución, titulado “Funciones del Ministro”, estableció que una de las funciones de cada ministro era “*velar por el estricto cumplimiento de las leyes, la probidad administrativa y la correcta inversión de los fondos públicos en los negocios confiados a su cargo*”.⁷

29. No obstante, describen que “[a] *finales de los ochentas, el sistema eléctrico de Guatemala presentaba, entre otros, los siguientes problemas: (i) disminución de inversiones; (ii) endeudamiento externo para hacer frente a la política de subsidios; (iii) ‘crisis de credibilidad técnica’; (iii) ‘crisis de credibilidad por señalamientos de corrupción’; (iv) ‘apagones’ comunes; y (v) un sistema basado en energía hidráulica sin ‘capacidad de inversión’*”.⁸ Al decir de las Demandantes, en 1991 el sector eléctrico guatemalteco pasó por su peor crisis, forzando un racionamiento de energía que comenzó el 1 de septiembre de 1991 y duró 39 días,⁹ además de “*apagones de hasta ocho horas diarias*”, lo que llevó a un serio cuestionamiento del modelo existente.¹⁰
30. Según las Demandantes, durante la década de los noventa, Guatemala emprendió reformas para liberalizar su economía, e implementó una profunda transformación del marco regulatorio del subsector eléctrico en 1996, destinado a atraer inversiones en las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. El subsector eléctrico guatemalteco se regía bajo un monopolio estatal vertical y se caracterizaba por su deficiencia. En 1990 el Ministerio de Energía y Minas (“MEM”), con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (“USAID”, por sus siglas en inglés), comenzó a realizar estudios para promover la inversión privada en el sector eléctrico; contrató a consultores internacionales para preparar un reporte que analizara la situación que estaba sufriendo el sector eléctrico en Guatemala, y que propusiera un “*marco institucional y regulatorio para el desarrollo del sector*”. Los consultores contratados emitieron un reporte en junio de 1993.¹¹
31. Agregan que esta primera ola de liberalización resultó insuficiente y que, para atraer inversión en esta área y satisfacer las necesidades urgentes del Sistema Nacional Interconectado en cuanto al transporte de energía eléctrica, Guatemala emitió nuevas reformas en el año 2007 y estableció un ambicioso Plan de Expansión del Sistema del Transporte para los años 2008-

⁶ Memorial de Demanda, ¶ 26.

⁷ Memorial de Demanda, ¶ 26.

⁸ Memorial de Demanda, ¶ 27.

⁹ Memorial de Demanda, ¶ 28. MEM (Javier Calderón Abullarde), Energía y Potencia para Guatemala, Los estadios del Subsector Eléctrico 1883-2017, abril de 2018 (C-3), pág. 54.

¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 28.

¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 30, citando a Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux, Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final de junio de 1993 (C-7), pág. 1. *Ver también* BID, Keeping the Lights On: Power Sector Reform in Latin America, 2003 (C-2), pág. 220, nota 2.

2018. En este contexto, en el año 2009, Guatemala lanzó la licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por medio de la adjudicación del valor del Canon Anual (el “**Proyecto PET**” o el “**Proyecto**”), que permitiese llevar energía a las zonas más apartadas del país y conectar las zonas que aún no se encontraban interconectadas.¹²

B. LAS MEDIDAS

32. Las Demandantes reiteran que el presente arbitraje no se relaciona con una medida específica y aislada del Estado, o siquiera con unas pocas medidas concretas, sino más bien con una multiplicidad de medidas estatales que contribuyeron al mismo resultado: el daño total a la inversión de las Demandantes. En particular, las Demandantes sostienen que Guatemala incumplió sus promesas y desconoció arbitraria e injustificadamente las garantías otorgadas para inducir la inversión, a través de un amplio espectro de conductas del aparato estatal que incluyeron las siguientes:¹³

- **Conducta municipal:** 36 municipalidades a lo largo y ancho del territorio guatemalteco obstaculizaron continua y reiteradamente el avance del Proyecto, mediante negativas y revocaciones injustificadas de los permisos indispensables para la ejecución del Proyecto, requiriendo sumas exorbitantes para otorgarlos, y alimentando la oposición social al Proyecto.
- **Conducta judicial:** La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el instrumento normativo que el propio Poder Ejecutivo estableció para declarar al Proyecto PET de “urgencia nacional” e impulsar y coordinar el apoyo de las diversas entidades del Estado guatemalteco al Proyecto. Notablemente, la Corte de Constitucionalidad dictó dicha sentencia después de haber negado a TRECOSA la oportunidad de participar en dicho proceso judicial, en violación del debido proceso y de los más fundamentales derechos de defensa.
- **Conducta administrativa:** Más allá de las conductas judiciales y municipales que afectaron la ejecución de Proyecto en violación de las garantías de apoyo del Estado, la conducta administrativa del MEM y de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (“CNEE”) terminó de aniquilar las garantías específicamente otorgadas por el Estado para atraer inversiones, quebrantando las expectativas legítimas correspondientes de las Demandantes. Específicamente, las Demandantes identificaron en su Memorial de Demanda siete categorías de “medidas administrativas” en violación de sus derechos que se relacionaron con: (i) la imposición arbitraria de nuevos términos vía resolución ministerial; (ii) determinaciones arbitrarias de incumplimiento; (iii) procesos administrativos arbitrarios de ajuste del Canon Anual, y la aplicación de la correspondiente tasa de actualización; (iv) demoras en el pago efectivo del Canon

¹² Memorial de Demanda, ¶¶ 5-6.

¹³ Contestación a Objeciones, ¶ 22.

Anual; (v) la omisión del MEM de realizar consultas indígenas; (vi) y la cancelación arbitraria de compensación respecto de obras excluidas.

IV. OBJECIONES PRELIMINARES DE LA DEMANDADA

A. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

33. Dentro del plazo establecido Resolución Procesal No. 2, la Demandada presentó su Escrito de Objeciones Preliminares de conformidad con los Artículos 12.23.5 y 12.23.6 del Tratado.
34. Guatemala ha expresado que el Tratado forma parte de “*una nueva generación de tratados en la que los Estados contratantes detallaron de manera precisa las condiciones bajo las cuales estarían dispuestos a someter una controversia a un arbitraje, estableciendo, entre otras reglas, estrictos límites al consentimiento*”. Por ello, los Estados contratantes establecieron, entre otros: (i) un plazo de prescripción de tres años para someter a arbitraje reclamos bajo el Tratado; (ii) una limitación al arbitraje allí previsto a controversias que conciernen la violación de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado (Inversión); (iii) una cláusula de elección de vía que obliga al inversionista a presentar su disputa ante un único foro –y si el inversionista inicia un procedimiento ante una corte competente de Guatemala, dicha elección se considera definitiva y, por ende, no puede someter la misma controversia a este arbitraje–; y (iv) el agotamiento de la vía administrativa como una condición indispensable para someter una reclamación a arbitraje.¹⁴
35. Las objeciones preliminares expresadas por Guatemala son las siguientes:
- a. En base al Artículo 12.18.4 del Tratado, el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos que, de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado – los reclamos contractuales en contra del MEM, las supuestas violaciones de la cláusula paraguas y los reclamos en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia.¹⁵
 - b. En base al Artículo 12.22.1 del Tratado, el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos que han prescrito de conformidad con el Tratado.¹⁶
 - c. En base al Artículo 12.22.2 del Tratado, el Tribunal carece de jurisdicción sobre reclamos que han sido ya sometidos por las Demandantes a los tribunales de Guatemala.¹⁷

¹⁴ Escrito de Objeciones, ¶¶ 5-11.

¹⁵ Escrito de Objeciones, Sección 3.

¹⁶ Escrito de Objeciones, Sección 2.

¹⁷ Escrito de Objeciones, Sección 4.

- d. En base al Artículo 12.18.1 del Tratado, el Tribunal debe inadmitir los reclamos sobre actos administrativos para los cuales las Demandantes no han agotado primero la vía gubernativa o administrativa prevista en la legislación guatemalteca.¹⁸
36. En su Escrito de Objeciones como en la Réplica sobre Objeciones,¹⁹ Guatemala solicita al Tribunal que:
- a. Conozca y decida las Objeciones presentadas por Guatemala, de conformidad con los Artículos 12.23.5 y 12.23.6 del Tratado, y, en consecuencia, adopte el Calendario Procesal No. II, titulado “Escenario con Objeciones Preliminares”, previsto en el Anexo A de la Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 2022;
 - b. Declare que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes descritos en las Secciones 2, 3 y 4 de estas Objeciones;
 - c. Subsidiariamente, declare que los reclamos de las Demandantes descritos en las Secciones 2, 3 y 4 de estas Objeciones son inadmisibles;
 - d. Declare que los reclamos de las Demandantes descritos en la Sección 5 de estas Objeciones son inadmisibles;
 - e. Ordene a las Demandantes reembolsar íntegramente a Guatemala los costos en los que ha incurrido el Estado en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal, desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas y hasta la fecha de su pago efectivo; y
 - f. Ordene cualquier otra medida que el Tribunal estime oportuna y adecuada.

A). El Tribunal Tiene la Obligación de Decidir Sobre las Objeciones Preliminares Antes de Pronunciarse Sobre el Fondo del Caso

37. Guatemala sostiene que el Tribunal tiene la obligación de decidir sobre las objeciones preliminares antes de pronunciarse sobre el fondo del caso,²⁰ y fundamenta su posición en lo dispuesto por el Artículo 12.23.5 del Tratado, que establece:

El Tribunal deberá decidir antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad. Asimismo, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar sobre cualquier objeción del demandado en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 12.29.

...

¹⁸ Escrito de Objeciones, Sección 5.

¹⁹ Escrito de Objeciones, ¶ 105; Réplica sobre Objeciones, ¶ 282.

²⁰ Escrito de Objeciones, ¶ 12; Réplica sobre Objeciones, ¶ 5.

(b) En el momento en que se reciba una objeción conforme a este párrafo, el Tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción que será compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para la consideración de cualquier otra cuestión preliminar y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos. [Énfasis añadido]

38. Guatemala sostiene que el Artículo 12.23.5 del Tratado pretende evitar una “*innecesaria dilación*” y “*evitar que las partes incurran en costos innecesarios debatiendo cuestiones que no pueden someterse a un arbitraje de inversiones*”. Es por ello que este Artículo le impone al Tribunal la obligación “*de decidir*”, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como objeciones sobre competencia o admisibilidad.²¹
39. Según la Demandada, el texto es claro y expresa la intención de los Estados Contratantes en el Tratado.²²

B). El Tribunal Carece de Jurisdicción Para Pronunciarse Sobre los Reclamos que, de ser Probados, no Podrían Constituir una Violación del Tratado

40. La Demandada sostiene que el Tratado limita la jurisdicción del Tribunal a violaciones del Capítulo 12 (Inversión), Sección A. En particular, el Artículo 12.18.4 del Tratado dispone que “*el demandante, por cuenta propia [o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto] podrá someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A y (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta*”.²³ [Énfasis de la Demandada]
41. Por consiguiente, añade que, bajo el Tratado y el derecho internacional, el Tribunal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes si éstas logran probar la existencia de una violación *prima facie* del Capítulo 12, Sección A del Tratado. Hace referencia al tribunal en *Iberdrola c. Guatemala*, que señaló “*un tribunal internacional no tiene competencia por el solo hecho de que una de las partes del proceso afirme que el derecho internacional ha sido vulnerado. [...] [E]l Tribunal únicamente tendría jurisdicción si [é]sta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado*”.²⁴ [Énfasis de la Demandada]

²¹ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 20:4-17.

²² Transcripción Audiencia Jurisdicción, 20: 17-21:1.

²³ Escrito de Objeciones, ¶ 25; Réplica sobre Objeciones, ¶ 59.

²⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 26; Réplica sobre Objeciones, ¶ 60, con mención de lo resuelto por el tribunal en *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala I*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (RL- 7), ¶ 350.

42. Sobre el particular, señala que las Demandantes no han demostrado que varios de los hechos alegados, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado, ya que la mayoría de los reproches de GEB y TRECSA en el Memorial de Demanda confirman que no tienen que ver con cuestiones reguladas por el Tratado, sino con cuestiones meramente contractuales, las cuales se encuentran sujetas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala.²⁵
43. Guatemala rechaza el alegato de las Demandantes en el sentido de que, al aplicar el test *prima facie*, el Tribunal tiene que tomar como cierta la calificación que hagan las Demandantes de la conducta del Estado (*i.e.*, asumir que se trata de una conducta soberana del Estado), así como su interpretación de los estándares jurídicos aplicables al caso.²⁶ Se apoya en *Glencore c. Colombia*²⁷ para sostener que la jurisprudencia internacional es clara en que la sola calificación de los reclamos hecha por la demandante (*i.e.*, como reclamos bajo el Tratado) es irrelevante para el análisis de la jurisdicción del Tribunal, y que el test *prima facie* necesariamente implica un análisis jurídico del estándar jurídico aplicable a los hechos planteados por la demandante para determinar si esos hechos podrían violar la norma invocada.²⁸ También sostiene que numerosos tribunales de inversión han adoptado este mismo enfoque al analizar si los hechos planteados por la demandante, aun de ser probados, podrían constituir una violación del tratado. La Demandada finalmente pide al Tribunal concluir que los hechos alegados por las Demandantes, aun de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado ni del derecho internacional, ya que la mayoría de los reproches de GEB y TRECSA no tienen que ver con cuestiones reguladas por el Tratado, sino con cuestiones meramente contractuales “*que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal, incluso como supuestas violaciones de las cláusulas paraguas de otros tratados*”.²⁹
44. En respaldo de su posición, Guatemala afirma que la Contestación sobre las Objeciones de las Demandantes confirma que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre:

En igual sentido, cita a, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (RL-8), ¶ 254; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 agosto 2004 (RL-9), ¶ 180; *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 febrero 2005 (RL-10), ¶¶ 118-120; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 junio 2006 (RL-11), ¶¶ 69-71; *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (RL-12), ¶¶ 34, 53.

²⁵ Escrito de Objeciones, ¶¶ 27-28.

²⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶ 61.

²⁷ *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (CL-110), ¶ 1037, citando *Crystalllex Int'l Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (CL-91), ¶ 475.

²⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 63-64.

²⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 65-67, citando a *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (RL-12), ¶ 68.

- a) los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM;³⁰
- b) las supuestas violaciones de la cláusula paraguas y, en cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos;³¹
- c) reclamos en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia.³²

45. En particular, la Demandada centra su análisis en las siguientes secciones:

- a) El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM

46. Guatemala señala que, según las Demandantes, el MEM habría violado el Tratado a través de las siguientes medidas, y que estos reclamos tienen su origen en el Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E y F celebrado el 22 de febrero de 2010 entre TRECSA y el MEM (el “**Contrato**”):

- a. la “*imposición arbitraria de nuevos términos*” a través de la Resolución 2017-1515 del 14 de septiembre de 2017 (la “**Resolución 2017-1515**”);
- b. la “[*d*]eterminación arbitraria de supuesto incumplimiento” a través de la Resolución 770-2018 del 13 de abril de 2018 (la “**Resolución 770-2018**”);
- c. La “[*i*]mplementación arbitraria del procedimiento de ajuste del Canon Anual”;
- d. La “*omisión del MEM de realizar consultas indígenas*”; y
- e. La “[*e*]liminación arbitraria del derecho a obtener compensación por Obras excluidas” a través de la Resolución No. 214-2021 del 19 de febrero de 2021 (la “**Resolución No. 214-2021**”).³³

47. Por lo que se refiere a la primera, Guatemala señala que las Demandantes alegan que, de forma “*arbitrari[a] y unilateral*”, el MEM cambió “*los términos contractuales [...], mediante [la Resolución 2017-1515] incrementando las obligaciones de TRECSA y otorgando al Estado una serie de beneficios adicionales que no provenían de la ley, del Contrato o de las Bases de Licitación*”, y que, en esta Resolución, el MEM (i) “*asumió [‘unilateralmente’] la facultad de ‘analizar[] todas las causas de cada caso de fuerza mayor o caso fortuito, otorgadas en su momento a [TRECSA], conforme al procedimiento que ser[ía] emitido oportunamente’ por dicha entidad*”; y (ii) a diferencia de lo ocurrido con el proyecto PETNAC, “*impuso un aumento de más del 36% en el monto de las garantías de TRECSA con relación al*

³⁰ Escrito de Objeciones, Sección 3.1.

³¹ Escrito de Objeciones, Sección 3.2.

³² Escrito de Objeciones, Sección 3.3.

³³ Escrito de Objeciones, ¶¶ 34-35 (citando a Memorial de Demanda, ¶¶ 105, 409); Réplica sobre Objeciones, ¶ 69.

Proyecto”.³⁴ Agrega Guatemala que, a pesar de que las Demandantes alegan que el MEM actuó en ejercicio de sus poderes soberanos, no han podido ellas ni siquiera explicar de qué forma la conducta del MEM correspondería, en efecto, al ejercicio de dichos poderes.³⁵

48. Ello, sostiene la Demandada, porque la Resolución 2017-1515 no es más que el ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera del Contrato – a saber, realizar modificaciones al programa de ejecución de obras como consecuencia de eventos de fuerza mayor y caso fortuito.³⁶ Además, el MEM en ningún momento impuso las modificaciones al Contrato de forma “unilateral”. De hecho, agrega, no está en disputa que, después de la notificación de la Resolución 2017-1515, las modificaciones cuestionadas por las Demandantes fueron formalizadas a través de una escritura pública suscrita por ambas partes del Contrato (la “**Tercera Modificación del Contrato**”).³⁷
49. En su escrito de Réplica, Guatemala añade que la gran mayoría de los reclamos de las Demandantes en contra del MEM se refieren a conductas que podría haber adoptado cualquier parte contractual, sin que las Demandantes hayan podido probar lo contrario (ni siquiera bajo un estándar *prima facie*). Sobre el particular, menciona que la Resolución No. 2017-1515 aprobando la Tercera Modificación del Contrato no fue emitida en virtud de alguna facultad soberana del MEM, sino en virtud de la Cláusula Décima Primera del Contrato. Agrega que las mismas Demandantes reconocen que dicha resolución fue emitida en el marco de los procedimientos establecidos en el Contrato para modificar el Programa de Ejecución de Obras como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito (y que, de hecho, fue emitida en respuesta a una solicitud de modificación de parte de TRECSA).³⁸
50. Rechaza la posición de las Demandantes, en el sentido de que “*el Estado abusó de su poder soberano y forzó a las Demandantes a aceptar los términos de la Tercera Modificación del Contrato, simplemente, porque, mediante la Resolución SG-PROVI-2017-3549*”, “*el MEM ‘apercibió’ a TRECSA*” [Énfasis de la Demandada] de que así lo hiciera.³⁹ Según la Demandada, las Demandantes no acreditan que el término “apercibir” implique necesariamente el “*ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana*” ya que el propio término es definido como “[h]acer saber a la persona [...] requerida, las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas”.⁴⁰ Además, Guatemala manifiesta que es “*al juez del Contrato, y no a este Tribunal*”, a quien corresponde determinar si, como dicen las Demandantes, el MEM abusó de su posición

³⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 36, citando a Memorial de Demanda, ¶¶ 198, 213, 215, 496.

³⁵ Escrito de Objeciones, ¶ 37.

³⁶ Escrito de Objeciones, ¶ 38.

³⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 39.

³⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 86-88, 91.

³⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 93.

⁴⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶ 94, haciendo referencia a la definición del verbo “apercibir” en el Diccionario de la RAE (RL-57).

contractual e, incluso, si existió algún vicio que hubiera podido afectar el consentimiento de TRECSA al momento de firmar la Tercera Modificación del Contrato.⁴¹

51. Por otra parte, Guatemala sostiene que las Demandantes alegan que el MEM habría actuado de forma arbitraria al declarar el “*incumplimiento de un hito contractual en relación con el Lote A*” a través de la Resolución 770-2018 ya que el MEM pretendió “*desconocer sus propios reconocimientos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito [...] en detrimento de los derechos que TRECSA adquirió en virtud de dichos reconocimientos, con base en la Cláusula Décima Primera del Contrato*”. Sin embargo, añade la Demandada que nada de esto constituye el ejercicio de poderes soberanos.⁴² El hecho de que el MEM haya declarado un incumplimiento contractual es, por definición, una prerrogativa contractual (y no soberana). Adicionalmente, el Ministerio declaró el incumplimiento contractual (y emitió la respectiva Resolución) de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima Novena del Contrato.⁴³ Se apoya en lo resuelto por el tribunal en el caso *Ríos c. Chile*, que declaró “[l]a supuesta arbitrariedad de una conducta del Estado como parte contractual no otorga a dicha conducta carácter soberano”.⁴⁴ [Énfasis de la Demandada]
52. Por otra parte, sostiene Guatemala que, contrario a lo que alegan las Demandantes, no es cierto que el MEM hubiese rechazado las solicitudes de ajustes del Canon Anual en ejercicio de sus funciones soberanas. De hecho, ninguna de las normas de carácter general, citadas en las Resoluciones (y, a su vez, citadas en la Contestación a Objeciones), otorga al MEM la facultad específica de pronunciarse sobre las solicitudes de ajuste de los contratistas.⁴⁵
53. Guatemala rechaza que actuó de forma arbitraria en los “*procedimiento[s] de ajuste del Canon Anual*” como consecuencia de (i) eventos de fuerza mayor o caso fortuito, (ii) la aplicación de la correspondiente tasa de actualización, y (iii) los mayores costos incurridos en la constitución de las servidumbres de paso necesarias para la construcción de las Obras de Transmisión.⁴⁶ Sin embargo, los tres tipos de ajustes del Canon Anual (que están en discusión en este Arbitraje) se encuentran regulados tanto por las Cláusulas Quinta y Décima Primera del Contrato, así como por el numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación, por lo cual no pueden negar que cada una de las solicitudes de TRECSA de ajuste del Canon Anual fueron tramitadas y decididas por el MEM en ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en cada una de las citadas disposiciones.⁴⁷ Por lo tanto, le corresponde decidir al juez del

⁴¹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 97.

⁴² Escrito de Objeciones, ¶ 42.

⁴³ Escrito de Objeciones, ¶ 43.

⁴⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 44, citando a *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (RL-18), ¶ 497.

⁴⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶ 105.

⁴⁶ Escrito de Objeciones, ¶ 45.

⁴⁷ Escrito de Objeciones, ¶¶ 46-47.

Contrato, principalmente, sobre: (i) las supuestas violaciones al procedimiento aplicable a los ajustes del Canon Anual, y (ii) la procedencia de dichos ajustes.⁴⁸

54. En adición, controvierte la Demandada la aseveración de las Demandantes en el sentido de que, a través de la Resolución No. 214-2021 (*i.e.*, la Resolución a través de la cual el Ministerio aceptó la Cuarta Modificación del Contrato), el MEM (i) “*dispuso, unilateral y arbitrariamente, que no compensaría a TRECOSA por los costos adicionales incurridos como resultado de eventos de Fuerza Mayor que llevaron a la exclusión de ciertas Obras del alcance del Proyecto*”, y (ii) “*le arrebató [a TRECOSA] el derecho a obtener el Canon Anual y subsecuente cobro de peaje de esos tramos*”, y sostiene que la Resolución No. 214-2021 también constituye el ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera del Contrato para pronunciarse sobre la solicitud de modificación del plazo de ejecución presentada por TRECOSA mediante memorial del 17 de marzo de 2020.⁴⁹ Afirma que el MEM en ningún momento impuso estas modificaciones al Contrato de forma unilateral sino que, por el contrario, TRECOSA decidió aceptar dichas modificaciones al momento de suscribir la escritura pública que formalizó la Cuarta Modificación al Contrato.⁵⁰ Además, afirma Guatemala que el MEM, en ningún momento, exigió que las Demandantes renunciaran a las obras paralizadas, ya que, tal y como confirman las mismas pruebas de las Demandantes, fueron ellas las que sugirieron al MEM eliminar ciertas obras del Contrato, dado que, por eventos de fuerza mayor, no podrían ser finalizadas.⁵¹
55. Apoyándose en el caso *El Paso c. Argentina*, la Demandada sostiene que es un principio ampliamente reconocido que los tribunales de inversión carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre reclamos puramente contractuales, haciendo referencia a lo señalado en particular por ese tribunal: “[l]a cuestión aquí es, más bien, el alcance de la jurisdicción de este Tribunal, que se basa en un TBI y no en una cláusula arbitral de un contrato. El Tribunal [...] tiene jurisdicción sobre reclamos basados en el Tratado y [...] no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen reclamos por violaciones del TBI”. Este principio es indiscutible, agrega, cuando el tratado limita la jurisdicción del tribunal a supuestas violaciones del respectivo tratado (tal y como ocurre en este caso).⁵²
56. Por ello, cuando el caso implica relaciones contractuales con el Estado, para que exista una violación *prima facie* del Tratado, el inversionista debe demostrar (y no simplemente alegar) que las medidas del Estado que le causaron el supuesto perjuicio “*parecen emanar del*

⁴⁸ Escrito de Objeciones, ¶ 48.

⁴⁹ Escrito de Objeciones, ¶¶ 49-50; Réplica sobre Objeciones, ¶ 114.

⁵⁰ Escrito de Objeciones, ¶ 51.

⁵¹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 116, haciendo referencia a TRECOSA, Memorial Presentando Alternativas para el Proyecto PET, C-691, págs. 18, 19, 23.

⁵² Escrito de Objeciones, ¶ 30, citando a *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 de abril de 2006 (RL-15), ¶ 65.

ejercicio de su potestad como Estado soberano".⁵³ Según la Demandada, esta regla se desprende de la máxima del derecho internacional según la cual "[o]nly the State in the exercise of its sovereign authority (*'puissance publique'*), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT".⁵⁴

57. En su escrito de Réplica, la Demandada rechaza la postura de las Demandantes en cuanto a que todos y cada uno de los actos del MEM que están en disputa en este caso serían *per se* actos soberanos, y alega que (i) el hecho de que las Resoluciones del MEM citen como fundamento no sólo las disposiciones del Contrato, sino también las normas generales que regulan la actuación del MEM, no implica que la actuación de este último sea *per se* soberana – ya que, por definición, la función pública se rige por el principio de legalidad, lo que significa que la actividad de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de funciones y atribuciones que expresamente le asigna la Constitución y la ley; y (ii) el hecho de que las decisiones del MEM fueran plasmadas en resoluciones, sujetas a recurso de reposición, tampoco desvirtúa la naturaleza contractual de los actos del MEM, ya que no se trata de actos de autoridad o imperio, sino actos de gestión que la Administración desarrolla en ejercicio de las relaciones contractuales con privados.⁵⁵

b) El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre las supuestas violaciones de la "cláusula paraguas" y, en cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos

58. Guatemala sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre las supuestas violaciones de la "cláusula paraguas", es decir, el reclamo que hacen las Demandantes en el sentido de que Guatemala "violó las cláusulas paraguas contenidas en [diez] tratados e incorporadas al Tratado mediante su Artículo 12.6 al incumplir los compromisos asumidos con TRECSA" bajo (i) la Ley General de Electricidad ("LGE") y el Reglamento de la LGE, y (ii) el Contrato.⁵⁶

59. Al respecto, señala que, aun si fuera cierto que el Estado violó cada uno de dichos compromisos (*quod non*), dicha conducta no puede constituir ni siquiera *prima facie* una violación del Tratado, puesto que las Demandantes no pueden incorporar al Tratado las cláusulas paraguas que invocan y, en cualquier caso, dichas cláusulas paraguas no elevan automáticamente

⁵³ Escrito de Objeciones, ¶ 31, citando a *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (CL-110), ¶ 1037; *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013 (RL-13), ¶ 544, refiriéndose a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶¶ 316, 318, 323-325.

⁵⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 32, citando a *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (RL-8), ¶ 268.

⁵⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 75-80.

⁵⁶ Escrito de Objeciones, ¶ 53, con referencia al Memorial de Demanda, ¶¶ 519-521; Réplica sobre Objeciones, ¶ 120.

cualquier reclamo contractual a un reclamo internacional. Los reclamos contractuales de las Demandantes, agrega Guatemala, son inadmisibles ya que se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala, por acuerdo de TRECESA y el MEM.⁵⁷

- (i) Las Demandantes no pueden incorporar al Tratado, vía su Cláusula de NMF, ninguna de las diez cláusulas paraguas que invocan en la Demanda

60. La Demandada argumenta que, por disposición expresa del Tratado – e incluso una reserva de Guatemala – las Demandantes no pueden incorporar al Tratado vía su cláusula de “Nación Más Favorecida” o “NMF” (la “**Cláusula de NMF**”), ninguna de las cláusulas contenidas en diez tratados celebrados por Guatemala y que invocan en su Memorial de Demanda⁵⁸. La Demandada se refiere al Artículo 12.12.2 del Tratado que dispone que “[e]l Artículo 12.6 [la Cláusula de NMF] no se aplicará al trato otorgado por una Parte de conformidad con cualquier Tratado o Acuerdo Internacional, o respecto a los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo III [Excepción al trato de nación más favorecida]”, y al Anexo III que establece que, para “todos los sectores”, “Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país, de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado”.⁵⁹ [Énfasis de la Demandada]
61. Además, Guatemala hace notar que las Demandantes no refutan que las 10 cláusulas paraguas que pretenden incorporar al Tratado se encuentran en tratados internacionales que entraron en vigencia o que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia del Tratado entre Guatemala y Colombia (*i.e.*, el 12 de noviembre de 2009).⁶⁰
62. Guatemala añade que el Tribunal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre violaciones del Capítulo 12 (Inversión), Sección A del Tratado y no sobre estándares jurídicos contenidos en otros tratados, y añade que las Demandantes no han siquiera explicado de qué forma el Artículo 12.6 del Tratado (*i.e.*, la Cláusula de NMF) permitiría extender la jurisdicción del Tribunal a supuestas violaciones de estándares no incluidos en el Tratado (como la cláusula paraguas). Rechazan la apreciación de las Demandantes en el sentido de que “es aceptado por tribunales internacionales que uno de los propósitos de las cláusulas de trato de nación más favorecida es otorgar a los inversionistas todas las protecciones sustantivas previstas en otros tratados [...]”⁶¹ [Énfasis de la Demandada]. Con respaldo en el caso *Tza Yap Shum c. Perú*, cuyo tribunal resolvió que “[c]ada cláusula de la NMF es un

⁵⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 54; Réplica sobre Objeciones, ¶ 121.

⁵⁸ Las Demandantes señalan los tratados celebrados con Austria, Finlandia, Suecia, Alemania, Italia, España, Suiza, Corea, Argentina y Países Bajos (Memorial de Demanda, ¶ 518, nota al pie 1120).

⁵⁹ Escrito de Objeciones, ¶¶ 55-56; Réplica sobre Objeciones, ¶ 122-125.

⁶⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶ 126.

⁶¹ Escrito de Objeciones, ¶ 59, con referencia al Memorial de Demanda, ¶ 508.

mundo, que exige una interpretación individualizada, para determinar cuál es su ámbito de aplicación”, la Demandada argumenta que una simple lectura de los Artículos 12.6.1 y 12.6.2 del Tratado –que fueron ignorados por las Demandantes– confirma que los mismos no permiten importar estándares de otros tratados.⁶²

63. En *primer lugar*, porque la Cláusula de NMF no contiene una sola frase que establezca inequívocamente la intención de las Partes de extender la jurisdicción del Tribunal a violaciones de estándares incluidos en otros tratados. *Segundo*, porque los Artículos 12.6.1 y 12.6.2 limitan el ámbito de aplicación de la Cláusula de NMF al trato más favorable otorgado *“en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte [y a sus inversiones] en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”* [Énfasis de la Demandada] y, *tercero*, porque incluso si se aceptara que la Cláusula de NMF se aplica a estándares jurídicos de trato (*quod non*), el hecho de que dicha cláusula sólo se pueda aplicar a inversionistas o inversiones *“en circunstancias similares”* necesariamente implica que la misma sólo se podría aplicar a formulaciones más favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado.⁶³
64. La Demandada sostiene adicionalmente que una interpretación de buena fe de la reserva hecha por Guatemala a la Cláusula de NMF tan solo puede tener un significado: Guatemala *“se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país”*, sin que, por ello, deba asumir responsabilidad alguna bajo la Cláusula de NMF; en otras palabras, sin que, por ello, tenga que extender el mismo trato a los inversionistas de los Estados Contratantes del Tratado. Cualquier otra interpretación le restaría todo efecto útil a la reserva.⁶⁴
65. El hecho de que el texto de la reserva se refiera a *“medida[s] que otorgue[n] un trato diferente a otro país”* [Énfasis de la Demandada] no excluye, según la Demandada, el trato otorgado a los inversionistas de dichos países. Agrega que las Demandantes ignoran que el propósito de la reserva es, precisamente, limitar el alcance de las cláusulas de nación más favorecida de los capítulos de inversión y comercio transfronterizo, las cuales se refieren, expresa y exclusivamente, al trato otorgado a los inversionistas y proveedores de terceros (y no al trato otorgado a Estados soberanos). Si la reserva se limitara al trato otorgado a terceros Estados, el Anexo III no sería en realidad una excepción *“al trato de nación más favorecida”*.⁶⁵
66. Según Guatemala, lo anterior confirma que, aun si la Cláusula de NMF permitiera incorporar estándares de otros tratados (*quod non*), el Tratado expresamente excluye la posibilidad de importar las 10 cláusulas paraguas invocadas por las Demandantes y, en general, cualquier

⁶² Escrito de Objeciones, ¶ 60.

⁶³ Escrito de Objeciones, ¶¶ 61-63.

⁶⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶ 131.

⁶⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶ 133.

estándar o protección incluido en un “*tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado*”.⁶⁶ Guatemala también señala que, a diferencia de los múltiples tratados citados por las Demandantes, al momento de suscribir el Tratado, los Estados Contratantes tomaron la decisión de política pública de excluir la cláusula paraguas de las protecciones otorgadas a los inversionistas de los otros Estados Contratantes. Esta decisión de política pública no puede (y no debe) ser ignorada por el Tribunal.⁶⁷

67. Por otra parte, sostiene que, incluso si se aceptara que la Cláusula de NMF se aplica a estándares jurídicos de trato (*quod non*), el hecho de que dicha cláusula sólo se pueda aplicar a inversionistas o inversiones “*en circunstancias similares*” necesariamente implica que la misma sólo podría aplicarse a formulaciones más favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado. Apoyándose en *İçkale c. Turkmenistán*, cualquier otra interpretación restaría todo efecto al requisito de que los inversionistas o sus inversiones se encuentren “*en circunstancias similares*”.⁶⁸ En este sentido, agrega que las Demandantes ignoran que el término “*circunstancias similares*” tiene un significado jurídico específico, y que de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia,⁶⁹ el análisis de este requisito “*involves a highly fact-specific inquiry*” con respecto a todas las circunstancias relevantes del supuesto trato menos favorable, lo cual incluye un análisis del régimen jurídico aplicable a cada uno de los inversionistas. Agrega que, en este caso, el requisito de “*circunstancias similares*” significa que el Tratado tiene que contener, como mínimo, el mismo tipo de protecciones otorgadas a los inversionistas de la nación más favorecida. De lo contrario, es evidente que los respectivos inversionistas no estarían sujetos al mismo régimen jurídico y, por lo tanto, no estarían en circunstancias similares.⁷⁰

- (ii) Aún si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas puede ser importada a través de la Cláusula de NMF (*quod non*), las cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional

68. Por otra parte, al decir de Guatemala, aun si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas puede ser importada a través de la Cláusula de NMF (*quod non*), el Tribunal igual carecería *prima facie* de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos puramente contractuales de las Demandantes por una razón fundamental: las cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional. Cita al

⁶⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶ 134.

⁶⁷ Réplica sobre Objeciones, ¶ 143.

⁶⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶ 149, citando a *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (RL-25), ¶ 329.

⁶⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 151, citando a *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo, 25 de agosto de 2014 (CL-176), ¶ 8.15; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (RL-41), ¶ 381.

⁷⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶ 152.

tribunal en *El Paso c. Argentina*, que señaló en este sentido que “una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado”.⁷¹ Por ello, concluye que, para que exista una violación *prima facie* de la cláusula paraguas, el inversionista debe igual demostrar que, en el caso específico, el Estado estaba actuando en ejercicio de sus poderes soberanos (y no como una parte contractual), ya que de lo contrario, el tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre dichos reclamos.⁷²

69. Rechaza la defensa de las Demandantes en cuanto que alegan (i) que sus reclamos bajo la cláusula paraguas no se limitarían a reclamos bajo el Contrato, sino que también incluirían reclamos por obligaciones de “*leyes o reglamentos*”, y (ii) que la “*vasta jurisprudencia*” y doctrina confirman que un simple incumplimiento contractual puede constituir una violación de la cláusula paraguas.⁷³ En respuesta, Guatemala sostiene que las Demandantes tienen que demostrar que el Estado actuó en ejercicio de sus poderes soberanos para que se pueda consumir una violación del Tratado, y que el hecho de que algunos tribunales hayan adoptado la teoría de las Demandantes no significa que, en este caso, el Tribunal deba adoptar ciegamente dicha postura. En el arbitraje internacional no existen precedentes vinculantes.⁷⁴
70. Guatemala argumenta que la teoría seguida por algunos tribunales (sobre los que las Demandantes se apoyan), según los cuales las cláusulas paraguas elevan automáticamente cualquier reclamo contractual a un reclamo bajo el Tratado, contradice las reglas de interpretación de tratados bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“*CVDT*”) y no debe ser seguida por el Tribunal. Una interpretación de la cláusula paraguas de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin del Tratado –según lo requiere la *CVDT*– confirma que la misma sólo puede aplicarse a las actuaciones del Estado como soberano. A este respecto, señala, en primer lugar, que el Estado, como ente soberano, tiene amplios poderes sobre las personas y cosas en su territorio y que el objeto y fin de los tratados de inversión es mitigar este riesgo soberano de forma tal que los Estados parte promuevan y fomenten la inversión extranjera. El Tratado no tiene como propósito regular las relaciones contractuales de los inversionistas. En segundo lugar, como ente soberano, el Estado tiene el poder de interferir en las relaciones contractuales entre los órganos del Estado e inversionistas y es, precisamente, el ejercicio de este poder soberano el que la cláusula paraguas busca regular.⁷⁵

⁷¹ Escrito de Objeciones, ¶ 64, citando a *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 de abril de 2006 (RL-15), ¶ 82.

⁷² Escrito de Objeciones; ¶ 65, Réplica sobre Objeciones, ¶ 156.

⁷³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 157, haciendo referencia a la Contestación a Objeciones, ¶¶ 172-173.

⁷⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 158-159.

⁷⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 160-163.

71. Así, la cláusula paraguas está dirigida al Estado como sujeto de derecho internacional, no a los órganos del Estado que suscriben los contratos con los particulares. Las “cláusulas paraguas” agrega la Demandada, sólo disponen que el Estado está obligado a “observar” los compromisos adquiridos con los inversionistas. El Estado, como ente soberano, no está (y no puede estar) obligado a cumplir los compromisos contractuales de un órgano o entidad estatal en específico.⁷⁶
72. Guatemala también argumenta que, de conformidad con lo establecido por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) y tribunales de inversión, las reglas generales de derecho internacional no pueden ser tácitamente derogadas. Esto incluye la regla general según la cual los Estados no son internacionalmente responsables por simples incumplimientos de contratos estatales. Por consiguiente, si la interpretación de las Demandantes de la cláusula paraguas fuera correcta (*quod non*), las Demandantes tendrían que probar que el Tratado tiene alguna frase “*making clear [the contracting States’] intention*” de crear una excepción a esta regla general. En este caso, sin embargo, no hay ninguna disposición del Tratado que siquiera sugiera la intención de los Estados Contratantes de extender su responsabilidad internacional a incumplimientos de un contrato.⁷⁷
73. La Demandada, rechaza igualmente la posición de las Demandantes, en el sentido de que “*las cláusulas de NMF [en general] pueden ser utilizadas para aplicar protecciones sustantivas de otros tratados*”, y menciona que, al menos, cuatro tribunales de inversión han concluido que las respectivas cláusulas de NMF no permiten importar cláusulas paraguas de otros tratados, precisamente, porque el lenguaje de la Cláusula de NMF restringía su ámbito de aplicación.⁷⁸
- (iii) En cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y, por lo tanto, son inadmisibles
74. La Demandada insiste que, aun si el Tribunal concluyera que *prima facie* tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la cláusula paraguas y que la misma eleva automáticamente cualquier reclamo contractual al plano internacional (*quod non*), el Tribunal debe igual rechazar los reclamos puramente contractuales de las Demandantes, puesto que dichos reclamos se

⁷⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 165-166.

⁷⁷ Réplica sobre Objeciones, ¶ 145, haciendo referencia a *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 de abril de 2006 (RL-15), ¶ 76; *Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A., Estados Unidos de América c. Italia*, I.C.J. Reports 4, 1 de enero de 1989 (CL-229), ¶ 50.

⁷⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶ 148, haciendo referencia a *Sergei Paushok y otros c. el Gobierno de Mongolia*, Caso CNUDMI, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad, 28 de abril de 2011 (RL-65), ¶ 570; *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (RL-25), ¶¶ 328, 329, 332; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y otros c. República Argentina*, Caso ICSID No. ARB/09/01, Laudo, 21 de julio de 2017 (RL-66), ¶ 884; *Muhammet Cap y Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo, 4 de mayo de 2021 (RL-26), ¶¶ 778-794.

encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y son, por lo tanto, inadmisibles.⁷⁹

75. En resumen, las Demandantes no pueden eludir el foro exclusivo de resolución de litigios incluido en el Contrato, ni siquiera a través de la cláusula paraguas. Las Demandantes no refutan que la Cláusula Vigésima del Contrato contiene una elección exclusiva de foro, ni que dicha cláusula es válida y vinculante para las partes del Contrato.⁸⁰
76. Guatemala sostiene que la posición de las Demandantes en cuanto a que “[d]iversos precedentes internacionales han sostenido que no correspondería remitir a la jurisdicción del contrato una disputa por violación de una cláusula paraguas, precisamente por tratarse de una violación del Tratado, sujeta a los mecanismos de resolución de controversias del Tratado” debe ser rechazada puesto que la jurisprudencia que se refiere a la jurisdicción de los tribunales para pronunciarse sobre la violación de otros estándares, como el de la cláusula de elección de foro, es irrelevante. Agrega que Guatemala no ha alegado que la cláusula de elección exclusiva de foro impida que el Tribunal ejerza su jurisdicción sobre reclamos distintos de los contractuales, y el hecho de que la cláusula paraguas esté sujeta “a los mecanismos de resolución de controversias del Tratado” no desvirtúa la fuerza vinculante de la cláusula de elección exclusiva de foro.⁸¹
77. Según la Demandada, lo que las Demandantes pretenden, a través de la cláusula paraguas, es elevar a nivel del Tratado las disposiciones del Contrato suscrito entre el MEM y TRECSA (sin que sea necesario probar que el Estado ha actuado más allá de como una mera parte contractual) y, al mismo tiempo, que se pase por alto una de las disposiciones del Contrato que pretenden que este Tribunal aplique e interprete como si fuera el juez del Contrato.⁸²
78. Guatemala manifiesta que permitir a las Demandantes invocar las cláusulas paraguas de otros tratados para someter reclamos contractuales a la jurisdicción del Tribunal sería “tolerar un fraude al Contrato y un abuso del arbitraje de inversiones”.⁸³
79. En adición, la Demandada sostiene que los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos, por lo cual no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal, ni siquiera a través de la

⁷⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 175.

⁸⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 176-177. La cláusula Vigésima establece “*En toda cuestión litigiosa relacionada con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa del presente contrato, EL ADJUDICADO renuncia en forma expresa por este acto, al fuero de su domicilio y se somete a los tribunales con sede en la ciudad de Guatemala [...]. Queda entendido que EL ADJUDICADO, los contratistas y subcontratistas de éste, o sus socios que sean extranjeros, no podrán recurrir en cualquier forma a la reclamación por la vía de la protección diplomática, en lo relacionado con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa de este Contrato.*”

⁸¹ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 178-181.

⁸² Réplica sobre Objeciones, ¶ 182.

⁸³ Escrito de Objeciones, ¶ 72; Réplica sobre Objeciones, ¶ 190.

cláusula paraguas.⁸⁴ Hace mención al caso *SGS c. Filipinas*, en el que el tribunal afirmó con claridad este punto: “*the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively. [Claimants] should not be able to approbate and reprobate in respect of the same contract: if it claims under the contract, it should comply with the contract in respect of the very matter which is the foundation of its claim*”⁸⁵ y se refiere al acuerdo logrado mediante la celebración del Contrato para someter a la jurisdicción de tribunales con sede en Guatemala cualquier cuestión litigiosa relacionada con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación del Contrato.⁸⁶

c) El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad

80. En cuanto a los reclamos en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad (distintos de una denegación de justicia) que, según la Demandada manifiesta, las Demandantes pretenden presentar, esta sostiene que tampoco podrían constituir, *prima facie*, una violación del Tratado,⁸⁷ y que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los mismos.⁸⁸
81. En respuesta a la postura de las Demandantes, quienes señalan que Guatemala ha alegado que el Tribunal deba analizar en esta fase si la conducta de la Corte de Constitucionalidad constituye o no una denegación de justicia, la Demandada sostiene que lo que alega es que el Tribunal no tiene jurisdicción, *prima facie*, para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia. [Énfasis de la Demandada] Éste es un análisis netamente jurídico que no requiere ningún análisis de los hechos del caso.⁸⁹
82. Agrega Guatemala que, bajo el derecho internacional, es ampliamente aceptado que las decisiones de las cortes domésticas no pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, salvo que el inversionista alegue y logre probar la existencia de una denegación de justicia.⁹⁰ Este principio obedece al tratamiento diferenciado que el derecho internacional otorga a las cortes domésticas frente a otros órganos del Estado,⁹¹ y cita al caso *Azinian c. México* que constituye, a criterio de la Demandada, el referente principal en la materia. Al respecto, el tribunal explicó que, “[a]ún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad

⁸⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 67.

⁸⁵ Escrito de Objeciones, ¶ 68, con referencia a *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004 (RL-30), ¶ 155.

⁸⁶ Escrito de Objeciones, ¶¶ 70-72.

⁸⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 29.

⁸⁸ Escrito de Objeciones, ¶¶ 73-78; Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 194-213.

⁸⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 195-196.

⁹⁰ Escrito de Objeciones, ¶ 75.

⁹¹ Escrito de Objeciones, ¶ 76.

*del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito”.*⁹²

83. En su escrito de Réplica, Guatemala señala que no puede prosperar la postura de las Demandantes en el sentido de que las decisiones de las cortes podrían violar el derecho internacional, al menos, de tres maneras (y no sólo a través de una denegación de justicia): (i) a través de “una resolución de un tribunal nacional claramente incompatible con las normas de derecho internacional”; (ii) a través de una denegación de justicia; y, excepcionalmente, (iii) a través de una “decisión judicial contraria a la legislación municipal”,⁹³ y alega tres razones para ello:
- a) las Demandantes confunden el estándar aplicable a las decisiones judiciales que violan directamente una norma de derecho internacional (e.g., como las limitaciones territoriales de los Estados o la prohibición de la tortura) y el estándar aplicable a las decisiones judiciales que simplemente interpretan y aplican el derecho doméstico (independientemente de que la demandante cuestione o no el fondo de la decisión bajo el respectivo derecho doméstico). Añade que “*es unánimemente reconocido*” que las decisiones judiciales sólo pueden ser cuestionadas por los tribunales internacionales “*en situaciones excepcionales*” que, para todos los efectos prácticos, equivalen a una denegación de justicia;⁹⁴
 - b) el hecho de que las cortes domésticas puedan comprometer la responsabilidad internacional del Estado, al igual que los actos del ejecutivo o el legislativo, no desvirtúa la posición de Estado. De hecho, Guatemala no lo niega, pero añade que el punto es que, para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad;⁹⁵ y
 - c) ninguna de las fuentes jurídicas de las Demandantes confirma que el Tribunal pueda pronunciarse sobre reclamos en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad. Por el contrario, la Demandada sostiene que cada uno de estos casos confirma el carácter excepcional de los reclamos internacionales en contra de decisiones judiciales domésticas, y que los mismos sólo proceden cuando existen

⁹² Escrito de Objeciones, ¶ 75, con referencia a *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (CL-053), ¶ 99.

⁹³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 198, con referencia a la Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, ¶ 195.

⁹⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 200-202, y cita, entre otros, a los casos *Krederi Ltd. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Laudo, 2 de julio de 2018 (CL-055), ¶ 713; *Lidercón, S.L. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/17/9, Laudo, 6 de marzo de 2020 (RL-73), ¶ 266.

⁹⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 204-206.

graves irregularidades que rodearon el proceso judicial o la decisión misma que, para todos los efectos prácticos, equivalen a una denegación de justicia.⁹⁶

C). El Tribunal Carece de Jurisdicción Sobre los Reclamos que han Prescrito de conformidad con el Tratado

84. Guatemala sostiene que las partes del Tratado dieron su consentimiento a un arbitraje bajo la Sección B del Capítulo 12 del Tratado dentro de ciertos límites. Como ejemplo de las “*condiciones y limitaciones al consentimiento*” que expresamente se establecieron en el Tratado, el Artículo 12.22.1 contiene una regla de prescripción de los reclamos según la cual “[e]l inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres (3) años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación a este Capítulo, así como de las pérdidas o daños sufridos [...]”.⁹⁷ Agrega que las Demandantes aceptan la interpretación del Estado sobre este Artículo.⁹⁸
85. Para aplicar esta regla de prescripción de tres años, el Tribunal debe considerar dos fechas, esto es, el *dies a quo* y el *dies ad quem*.⁹⁹
86. Explica, *en primer lugar*, que el *dies a quo* activa el periodo de prescripción, y corresponde a la fecha en la que el inversionista adquiere conocimiento efectivo o implícito de (i) la presunta violación del Capítulo 12 del Tratado y (ii) las pérdidas o daños sufridos. Sobre el particular, analiza este primer concepto como sigue¹⁰⁰:
- a. Respecto de la expresión “*tuvo conocimiento*”, la misma se refiere al conocimiento efectivo o real de la violación y de las pérdidas o daños sufridos, mientras que la expresión “*debió haber tenido conocimiento*” se refiere a su conocimiento implícito. Hace referencia al tribunal en *Berkowitz c. Costa Rica*¹⁰¹ el cual interpretó una regla de prescripción similar prevista en el Artículo 10.18.1 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (del cual Guatemala es parte), y señaló que el conocimiento implícito “*es un estándar objetivo; aquello que una demandante prudente debería haber sabido o que se considera que razonablemente debería haber sabido*”.
 - b. Respecto del requisito del conocimiento de la violación alegada, independientemente de que se trate de un conocimiento real o implícito de la violación, la Demandada se

⁹⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 207-212.

⁹⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 15.

⁹⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶ 25.

⁹⁹ Escrito de Objeciones, ¶ 16.

¹⁰⁰ Escrito de Objeciones, ¶¶ 17-20.

¹⁰¹ Escrito de Objeciones, ¶ 18, citando a *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 30 de mayo de 2017 (RL-2), ¶ 209.

apoya en la decisión del tribunal en *Corona c. República Dominicana*,¹⁰² que dispuso que “*a fin de que comience a correr el período de prescripción, no es necesario que la demandante se encuentre en situación de particularizar completamente sus reclamaciones jurídicas (en tanto posteriormente pueden ser elaboradas con mayor especificidad); tampoco debe determinarse con precisión la cantidad de la pérdida o daño”.* [Énfasis de la Demandada]

- c. Por último, respecto del requisito del conocimiento de los daños y pérdidas sufridos, varios tribunales han coincidido en que, para que se cumpla dicho requisito, “*no [se] requiere un conocimiento completo o preciso de la pérdida o daño*”. Basta con que se materialice una “*primera apreciación de que se incurrirá (o se ha incurrido) en la pérdida o el daño*”, sin que sea necesario que “*la demandante espere y observe la medida completa en la que resultará o podrá resultar la pérdida o el daño*”.¹⁰³

87. En segundo lugar, el *dies ad quem* corresponde a la fecha en la que el inversionista somete la reclamación a arbitraje y, como consecuencia de ello, finaliza el cómputo del término de prescripción. Esta fecha, de conformidad con el Artículo 12.30 del Tratado, corresponde al día en que “*la solicitud de arbitraje [...] del demandante: (a) ha sido recibida por el Secretario General de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio CIADI [...]*”. En otras palabras, en el momento en que el Secretario General del CIADI recibe una solicitud de arbitraje conforme al párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio CIADI, finaliza el cómputo del término de prescripción.¹⁰⁴

88. La Demandada señala que las Demandantes no refutan estos conceptos y fechas,¹⁰⁵ pero que pretenden escapar a la aplicación y consecuencias de la regla de prescripción establecida en el Artículo 12.22.1 mediante lo que indica es una “*reformulación artificial de sus reclamos*”.¹⁰⁶

89. Guatemala agrega que, tomando en cuenta que la primera Solicitud de Arbitraje fue recibida por la Secretaria General del CIADI el 9 de octubre de 2020 (la “**Solicitud de Arbitraje No. 1**”), y la segunda Solicitud de Arbitraje fue recibida el 12 de octubre de 2021 (la “**Solicitud de Arbitraje No. 2**”) (en conjunto, las “**Solicitudes de Arbitraje**”), entonces:¹⁰⁷

¹⁰² Escrito de Objeciones, ¶ 19, citando a *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (RL-3), ¶ 194.

¹⁰³ Escrito de Objeciones, ¶ 20, citando a *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 30 de mayo de 2017 (RL-2), ¶ 213.

¹⁰⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 21, haciendo referencia al Convenio del CIADI (RL-5), Artículo 36(1) (“*Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte*”).

¹⁰⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 28-30.

¹⁰⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 31-36.

¹⁰⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 22.

- a. La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje No. 1 es el 9 de octubre de 2017 (*i.e.*, 3 años antes del 9 de octubre de 2020, fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje No. 1), por lo que las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos antes del 9 de octubre de 2017, y
 - b. La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje No. 2 (en la que las Demandantes “*reclaman a Guatemala las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017*”¹⁰⁸) es el 12 de octubre de 2018 (*i.e.*, 3 años antes del 12 de octubre de 2021, fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje No. 2), por lo que las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018.
90. Guatemala sostiene que, en consecuencia, se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal toda reclamación respecto de violaciones y daños conocidos antes del 9 de octubre de 2020 – respecto de la Solicitud de Arbitraje No. 1, y toda reclamación respecto de violaciones y daños conocidos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018 – respecto de la Solicitud de Arbitraje No. 2.¹⁰⁹
91. La Demandada rechaza la posición de las Demandantes, quienes critican el hecho de que, a criterio de Guatemala, la fecha crítica aplicable al reclamo relativo al supuesto rechazo de la Policía Nacional Civil (“PNC”) de brindar protección policial se establezca con referencia a la presentación de la Solicitud de Arbitraje No. 2 (*i.e.*, la Fecha Crítica No. 2 del 12 de octubre de 2018), en lugar de la Solicitud de Arbitraje No. 1 (*i.e.*, la Fecha Crítica No. 1 del 9 de octubre de 2017), y sostiene que las Demandantes no pueden reprochar al Estado no aplicar una fecha crítica que les permita ampliar artificialmente el plazo de prescripción aplicable a estos reclamos, cuando son ellas mismas quienes definieron el alcance de sus Solicitudes de Arbitraje.¹¹⁰
92. Es así que la Demandada argumenta que el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos, 36 conductas de: (i) autoridades judiciales (*i.e.*, la Corte de Constitucionalidad); (ii) administrativas (*i.e.*, MEM, la CNEE, y la Policía Nacional Civil); y (iii) municipales (*e.g.*, el Concejo Municipal de Antigua Guatemala, el Concejo Municipal de Chajul, el Concejo Municipal de Santo Tomás de Chichicastenango, el Concejo Municipal de San Francisco El Alto y las Municipalidades de Cantel, San Andrés de Villa Seca, entre otros) (conjuntamente denominadas “**Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas**”) que, según las Demandantes, constituirían medidas del Estado violatorias del Tratado. En efecto, para cada una de las

¹⁰⁸ Solicitud de Arbitraje No. 2, ¶ 67.

¹⁰⁹ Escrito de Objeciones, ¶ 22.

¹¹⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 46-47.

Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas, las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento de: (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos antes de la fecha crítica aplicable y, por ende, el Tribunal carece de jurisdicción sobre dichas violaciones.¹¹¹

93. En la Réplica, Guatemala afirma que más de la mitad del reclamo económico de las Demandantes ha prescrito, y que en tal sentido las Demandantes han intentado minimizar este asunto alegando que: (i) 29 de las 36 conductas identificadas por Guatemala ni siquiera corresponden a medidas del Estado impugnadas en este arbitraje como violaciones del Tratado, sino que se trata de “*antecedentes*” proporcionados a manera de contexto, (ii) Guatemala identifica incorrectamente la fecha en que comenzó a computarse el plazo de prescripción para las 7 conductas restantes, y (iii) el monto de USD 230 millones reclamado por las Demandantes corresponde a una cuantificación estimativa de los costos y pérdidas incurridos al 30 de septiembre de 2017, cuando “*el daño a su inversión no se había cristalizado aún*”.¹¹²
94. Agregan que las Demandantes “*no sólo han renunciado a 29 de los 36 reclamos que estarían prescritos, sino que también (a) [r]enunciaron a su reclamo respecto de la supuesta omisión del MEM de realizar las consultas indígenas ordenadas en las Sentencias N° 5711-2013 y N° 1798-2015; y (b) [n]o presentan reclamo alguno respecto de las siguientes Municipalidades: (i) Santo Tomás Chichicastenango, (ii) Salcajá, (iii) Cantel, (iv) Santa Eulalia, (v) Olintepeque, (vi) Santa Cruz Barillas, (vii) San Francisco el Alto, (viii) Gualán, y (ix) San Cristóbal Totonicapán*”.¹¹³
95. La Demandada también hace notar que, si bien las Demandantes no han individualizado el daño o las pérdidas supuestamente causados por cada medida del Estado supuestamente violatoria del Tratado (siendo que, desde su punto de vista, es carga probatoria de las propias Demandantes), en la Solicitud de Arbitraje No. 1, las Demandantes afirmaron que, “*al 30 de septiembre de 2017*” (*i.e.*, antes de ambas fechas críticas), “*los daños y pérdidas*” causados por “*las violaciones de Guatemala*” tenían “*un valor estimado y sujeto a actualización de US\$ 230 millones*”.¹¹⁴ Por lo tanto, la Demandada alega que, del reclamo de USD 403 millones (sin intereses) que las Demandantes presentan ante este Tribunal por supuestas violaciones del Tratado, el Artículo 12.22 les impide presentar reclamaciones por las violaciones que, “*al 30 de septiembre de 2017*”, supuestamente, les habían causado daños y pérdidas por USD 230 millones. Dichas reclamaciones se encontrarían fuera de la jurisdicción del Tribunal, puesto que éste “*no [tiene] competencia para otorgar indemnizaciones pecuniarias sino con respecto de una violación que ha acaecido en el marco de su jurisdicción*”.¹¹⁵

¹¹¹ Escrito de Objeciones, ¶ 23.

¹¹² Réplica sobre Objeciones, ¶ 32.

¹¹³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 36.

¹¹⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 24, haciendo referencia a la Solicitud de Arbitraje No. 1, ¶ 57.

¹¹⁵ Escrito de Objeciones, ¶ 24; Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 37, 53-56.

96. Sobre el particular, Guatemala sostiene que, en la Solicitud de Arbitraje No. 1, las Demandantes identificaron las medidas que habrían causado el incumplimiento del Tratado y cuantificaron los daños supuestamente derivados de dicho incumplimiento a septiembre de 2017. Por lo tanto, agrega, es claro que, para ese momento, las Demandantes sí consideraban que se había “*cristalizado*” un daño a su inversión e incluso habían cuantificado el daño, independientemente de lo que ocurriera después con el ajuste del Canon Anual. En consecuencia, el hecho de que, para esa fecha, las Demandantes supuestamente “*conservaran la expectativa legítima de que el Estado actuaría de conformidad con las garantías específicas otorgadas al momento de la inversión, y compensaría a las Demandantes por éstos y otros montos adicionales incurridos dentro del ámbito de dichas garantías*”, es irrelevante.¹¹⁶

D). El Tribunal Carece de Jurisdicción sobre los Reclamos que las Demandantes ya Eligieron Someter a los Tribunales Competentes de Guatemala

97. Describe Guatemala que, antes del inicio de este Arbitraje, las Demandantes iniciaron múltiples procedimientos ante las cortes guatemaltecas respecto de distintas medidas municipales que, según ellas, afectaron a su Proyecto. Por tanto, sostiene que, al haber escogido el foro doméstico para someter estas reclamaciones, las Demandantes no pueden presentar en este arbitraje reclamaciones por las mismas medidas, pues ambas comparten la misma base fundamental.¹¹⁷

98. Guatemala sostiene además que los Estados Contratantes del Tratado expresamente establecieron en su Artículo 12.22.2, condiciones y limitaciones al consentimiento, según lo cual: “[u]na vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18(5), la elección de uno u otro procedimiento será definitivo”. Conforme a esta disposición del Tratado, si el inversionista inicia un procedimiento ante una corte competente del Estado receptor de la inversión, dicha elección es definitiva y, por ende, no puede someter la misma controversia a cualquiera de los procedimientos arbitrales previstos en el Artículo 12.18.5 del Tratado. Esta disposición constituye una típica cláusula de elección de vía (*fork in the road*) que obliga al inversionista a presentar su disputa ante un único foro.¹¹⁸

99. En consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos, las siguientes cuatro medidas conforme al Artículo 12.22.2 del Tratado:

- a) La supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada mediante el Acta No. 59-2012 del 18 de diciembre de 2012 del Concejo Municipal de Santa

¹¹⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶ 57.

¹¹⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 84.

¹¹⁸ Escrito de Objeciones, ¶ 79; Réplica sobre Objeciones, ¶ 214.

Lucía Milpas Altas. Esta medida se habría materializado, al decir de las Demandantes, mediante el Acta 71- 2019 del 22 de octubre de 2019 del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas que, luego de ser recurrida por TRECSA, fue confirmada por el Acta 88-2019 del 7 de noviembre de 2019 del mismo Concejo. El 18 de marzo de 2020, las Demandantes (TRECSA) recurrieron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para impugnar estas actas, que la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo desestimó mediante sentencia del 10 de noviembre de 2022. Tanto el reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental, *i.e.*, la emisión de las Actas 71-2019 y 88-2019 del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas.¹¹⁹

- b) El supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala, cuya medida se habría materializado mediante el Acta Municipal 51-2019 del 6 de junio de 2019. El 17 de septiembre de 2019 (*i.e.*, antes de la presentación de las Solicitudes de Arbitraje), las Demandantes recurrieron a las cortes domésticas para impugnar dicha Acta. El 1 de febrero de 2022, la Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo desestimó la demanda promovida por TRECSA. El 13 de mayo de 2022, TRECSA presentó un recurso de aclaración y ampliación de dicha sentencia, el cual aún se encuentra en curso. Tanto el reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental (*i.e.*, la emisión del Acta Municipal 51-2019 del 6 de junio de 2019).¹²⁰
- c) El rechazo de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Sumpango, la cual se materializó mediante el Acta Municipal 53-2016 del 1 de septiembre de 2016. Luego de que TRECSA interpusiera un recurso de reposición, dicha acta fue confirmada mediante el Acta Municipal 34-2017 del 25 de mayo de 2017. El 12 de septiembre de 2017,¹²¹ TRECSA recurrió a las cortes guatemaltecas para controvertir el Acta 34-2017, iniciando ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “*un proceso contencioso administrativo para buscar la nulidad de la decisión del Concejo Municipal*”, el cual aún se encontraba en curso a la fecha de presentación del Escrito de Objeciones. Pero, al igual que las anteriores, tanto el reclamo ante la corte administrativa como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental, *i.e.*, la emisión del Acta Municipal 34-2017 del 25 de mayo de 2017.

¹¹⁹ Escrito de Objeciones, ¶¶ 85-87.

¹²⁰ Escrito de Objeciones, ¶¶ 88-90.

¹²¹ Escrito de Objeciones, ¶¶ 91-93. La Demandada hace notar que las Demandantes recurrieron a las cortes domésticas de Guatemala para controvertir dicha acta antes de la presentación de las Solicitudes de Arbitraje.

- d) La imposición por parte de la Municipalidad de Cantel de criterios supuestamente arbitrarios para el otorgamiento de una licencia de construcción, lo cual se habría materializado mediante el Acta 38-2011 del 14 de octubre de 2011. Luego de que TRECSA interpusiera un recurso de reposición, dicha acta fue confirmada mediante el Acta 6-2015 del 25 de febrero de 2015. Desde el año 2015,¹²² TRECSA presentó recursos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Suprema de Justicia, y la Corte de Constitucionalidad – quien rechazó la acción constitucional de amparo mediante sentencia del 5 de septiembre de 2019. En todo caso, los distintos reclamos ante las autoridades administrativas y judiciales mencionadas comparten la misma base fundamental como la presentada en este arbitraje, *i.e.*, las Actas 38-2011 del 14 de octubre de 2011 y 6-2015 del 25 de febrero de 2015.

100. En su escrito de Réplica sobre Objeciones, la Demandada señala que las Demandantes no refutan que, bajo la Cláusula de Elección Definitiva, la decisión del inversionista de iniciar un procedimiento ante un tribunal competente es definitiva y, por ende, no puede someter el mismo reclamo a cualquiera de los procedimientos arbitrales previstos en el Artículo 12.18.5 del Tratado. Las Demandantes ya habían sometido las cuatro medidas señaladas en el párrafo previo ante cortes de Guatemala.¹²³

101. Por otra parte, en este mismo escrito, Guatemala toma nota de que las medidas relativas al supuesto rechazo arbitrario de las licencias de construcción por parte de las Municipalidades de Cantel y Sumpango no son objeto del presente arbitraje, sino que se trata de actos citados por las Demandantes como antecedentes,¹²⁴ e insiste que cualquier reclamo por el rechazo arbitrario de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala ha prescrito.¹²⁵

102. Sostiene que no es cierto que la Cláusula de Elección Definitiva: (i) prevea dos opciones de resolución de controversias para el inversionista y (ii) sólo se active cuando el inversionista inicia un procedimiento ante las cortes domésticas alegando una violación de los estándares previstos en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado. Conforme al Artículo 31 de la CVDT,

¹²² Escrito de Objeciones, ¶¶ 94-96. La Demandada hace notar que las Demandantes recurrieron a las cortes domésticas de Guatemala para impugnar dicha acta el 25 de junio de 2015, *i.e.*, antes de la presentación de las Solicitudes de Arbitraje. Tratándose de este reclamo, TRECSA presentó inicialmente el 25 de junio de 2015, una demanda contencioso-administrativa en contra del Acta 6-2015 de 25 de febrero de 2015, que fue desestimada por la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia del 17 de abril de 2017. TRECSA interpuso ante la Corte Suprema de Justicia un recurso de casación en contra de dicha sentencia, el cual fue desestimado mediante sentencia del 31 de enero de 2018. Posteriormente, presentó el 4 de mayo de 2018 ante la Corte de Constitucionalidad acción constitucional de amparo en contra de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, que también fue rechazada mediante sentencia del 5 de septiembre de 2019.

¹²³ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 215-216, haciendo nuevamente referencia a las cuatro medidas que fueron objeto de reclamo ante cortes domésticas.

¹²⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶ 218.

¹²⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶ 219.

“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 en el Artículo 12.22.2 no se mencionan opciones para resolver una disputa relativa a una violación de la Sección A. Estas están en un Artículo distinto, el 12.18.5, en el que se incluyen “*opciones del inversionista*”, pero en ellas no se mencionan los “*tribunal[es] competente[s] de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión*”. La Demandada considera que la “*lógica del Tratado*” es que, cuando el inversionista ha decidido controvertir una medida del Estado ante las cortes competentes, no puede pretender llevar esa misma medida a un tribunal arbitral bajo el Tratado (que no es una corte de apelación). Lo único que podría hacer, conforme al Artículo 12.18.2 del Tratado, es reclamar en contra de la decisión de la corte si considera que ésta constituye una denegación de justicia y, por ende, vulnera el estándar de Trato Justo y Equitativo (“**TJE**”).¹²⁶

103. Guatemala también controvierte la interpretación que las Demandantes pretenden darle al Artículo 12.8.5, puesto que la lectura simple de la Cláusula de Elección Definitiva no requiere que el “*procedimiento ante un tribunal competente en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión*” deba versar necesariamente sobre una violación de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.¹²⁷
104. Sostiene que las Partes no disputan que, conforme al Artículo 12.18.4 del Tratado, los arbitrajes bajo el Tratado conciernen exclusivamente la violación de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado. Sin embargo, agrega, contrario a lo que pretenden las Demandantes, esta condición no se extiende a “*un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión*”, puesto que no tendría sentido limitar, por vía del Tratado, las disputas que los inversionistas pueden someter ante las cortes domésticas a aquellas que versen sobre la violación de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.¹²⁸ El Artículo 12.18.7 del Tratado confirma que, tratándose de procedimientos ante las cortes domésticas que pueden potencialmente “competir” con un arbitraje bajo el Tratado, las partes contratantes buscaron proteger al Estado de tener que litigar en múltiples procedimientos y diversos foros sobre la misma medida que, en el arbitraje, se alega violatoria del Tratado. El objetivo de esta cláusula es evitar que los inversionistas acudan a dos foros distintos para discutir la misma medida.¹²⁹
105. El Artículo 12.18.7 del Tratado establece que, para someter su reclamación a arbitraje, el inversionista debe renunciar a “*cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal, cualquier conducta respecto de cualquier medida que se haya alegado*” violatoria del Tratado. En otras palabras, añade, el inversionista está renunciando a someter, a futuro, reclamos ante las cortes

¹²⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 221-224.

¹²⁷ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 225-226

¹²⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 228-229.

¹²⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 231-232.

domésticas que ya fueron sometidos al arbitraje. Sin embargo, esto no se aplica a reclamos que ya fueron sometidos a las cortes domésticas, y sobre los cuales el Tribunal carece de jurisdicción según lo dispuesto en el Artículo 12.22.2 del Tratado. Son dos supuestos distintos.¹³⁰

106. Además, Guatemala sostiene que para la aplicación de la “Cláusula de Elección Definitiva”, no es necesario que se cumpla el test de la triple identidad, sino que debe determinarse si las respectivas demandas comparten la misma base fundamental, ya que dicha cláusula se activa cuando ambos reclamos comparten la misma base fundamental y no, como argumentan las Demandantes, con “*cualquier tema de derecho doméstico o cualquier tema relacionado con la inversión*”. Añade que, para determinar si debe aplicarse la cláusula de elección de vía, múltiples tribunales arbitrales han coincidido en que no es relevante que se cumplan los requisitos del *test* de la triple identidad de la cosa juzgada. Por el contrario, lo que resulta determinante es si las respectivas demandas comparten la misma base fundamental. Así, cita en apoyo las decisiones en los casos *H&H c. Egipto*,¹³¹ *Pantechniki c. Albania*,¹³² y *Philip Morris c. Uruguay*.¹³³ Guatemala señala que, si el Tribunal fuere a aplicar el test de la triple identidad, permitiría que, por su estructura societaria, las Demandantes escapen abusivamente a la aplicación de la Cláusula de Elección Definitiva.¹³⁴

107. Por otra parte, Guatemala sostiene que los reclamos presentados por TRECSA ante las cortes domésticas por (i) la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada por el Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas y (ii) el supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala, comparten la misma base fundamental de los reclamos presentados por las Demandantes en este arbitraje en contra de dichas conductas. La “base fundamental” de una controversia debe entenderse ampliamente respecto de los hechos que le subyacen y, por ende, no debe limitarse a reclamos legales específicos ni, contrario a lo que sugieren las Demandantes, a que el monto de los daños reclamados en ambos procesos sea el mismo.¹³⁵

108. Según la Demandada, respecto de la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada por el Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas, las Demandantes no disputan que, antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje No. 2, estas recurrieron al Tribunal Contencioso Administrativo para impugnar las actas mediante

¹³⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶ 236.

¹³¹ Escrito de Objeciones, ¶ 81, haciendo referencia a *H&H Enterprises Investment Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo, 6 de mayo de 2014 (RL-46), ¶¶ 367-368.

¹³² Escrito de Objeciones, ¶ 82, haciendo referencia a *Pantechniki S.A. Contractors c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009 (RL- 47), ¶ 61.

¹³³ Escrito de Objeciones, ¶ 83, haciendo referencia a *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (RL-48), ¶ 113.

¹³⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶ 243.

¹³⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 244-245.

las cuales se materializó dicha suspensión.¹³⁶ En este sentido, la postura de las Demandantes de que, en este caso, no se cumpliría el test de la misma base fundamental, pues “*el proceso contencioso-administrativo consistía en la revocatoria de las actas municipales*”, mientras que “*la disputa en este arbitraje consiste en determinar si las Medidas del Estado violaron los estándares de protección previstos por el Tratado [...]*”, parte de la premisa incorrecta de que la única manera de activar la “Cláusula de Elección Definitiva” es cuando el inversionista acude ante las cortes domésticas para “*determinar si las Medidas del Estado violaron los estándares previstos por el Tratado*”.¹³⁷

109. Finalmente, respecto del supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala, la Demandada manifiesta que las Demandantes no disputan que, antes de las Solicitudes de Arbitraje, éstas recurrieron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para impugnar el Acta 51-2019 del 6 de junio de 2019, mediante la cual se habría materializado dicho rechazo.¹³⁸ Pero agrega que el argumento central de ambos reclamos es el mismo. En palabras de las Demandantes, el Concejo incurrió en múltiples “*arbitrariedades y abuso de autoridad*”, que incluían “*entre otras: (i) la ausencia de formación de un expediente administrativo; (ii) la ausencia de consideración de los antecedentes, evidencia, ni el contenido y actuaciones previas relacionadas con la solicitud de TRECSA; (iii) la ausencia de referencia a las normas legales o reglamentarias en que fundamentó su decisión (i.e. debida fundamentación); y (iv) la ausencia de razonamiento de fondo, claras y precisas (i.e. debida motivación)*”.¹³⁹

E). El Tribunal debe Inadmitir los Reclamos sobre Actos Administrativos para los cuales las Demandantes no han Agotado la Vía Gubernativa

110. La última objeción presentada por Guatemala se refiere a la cláusula escalonada de controversias prevista en el Artículo 12.18.1 del Tratado, la cual establece que: “[t]ratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija”.¹⁴⁰

111. La Demandada menciona que, al interpretar una cláusula similar contenida en el TBI entre el Reino de España y la República de Colombia, el tribunal en *AFC c. Colombia* explicó que dicha cláusula “*obliga [al inversionista] a un proceso escalonado, progresivo y por etapas, cada uno con una función útil diferente*”, pues “*otorga la oportunidad a las partes de modular*

¹³⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶ 248, con referencia al Acta 71-2019 del 22 de octubre de 2019 que, luego de ser recurrida por TRECSA, fue confirmada por el Acta 88-2019 del 7 de noviembre de 2019.

¹³⁷ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 249-250.

¹³⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶ 252.

¹³⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 253-254.

¹⁴⁰ Escrito de Objeciones, ¶¶ 98-99.

y definir la naturaleza, el alcance y la existencia de una controversia, pero fijando límites temporales a la presentación de la reclamación para evitar así que los Estados queden indefinidamente expuestos a la demanda de un inversionista extranjero".¹⁴¹

112. Sostiene Guatemala que, a la luz de lo anterior, para que las Demandantes tuviesen derecho a presentar un reclamo en este arbitraje en contra de un acto administrativo, éstas debieron, antes de la presentación de la solicitud de arbitraje, agotar la vía gubernativa o administrativa. Las Demandantes, sin embargo, han presentado en este arbitraje reclamos en contra de actos administrativos para los cuales no agotaron la vía administrativa, a pesar de que la legislación guatemalteca así lo requiere.¹⁴²
113. Al respecto, manifiesta que, bajo el derecho guatemalteco, antes de iniciar un proceso contencioso administrativo para impugnar un acto administrativo, el accionante debe primero agotar la vía administrativa. El Artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto No. 119-96 del Congreso de la República) establece que, *"para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos"*. Estos recursos administrativos, según lo dispuesto en el Artículo 17 de dicha Ley, son los de revocatoria y reposición (según la autoridad que haya emitido la resolución). Pero, a pesar de la exigencia de la legislación guatemalteca, las Demandantes no agotaron dicha vía para, al menos, 18 actos administrativos listados en el Anexo B del Escrito de Objeciones que, según ellas, serían violatorios del Tratado y en contra de los cuales procedía el recurso de reposición. Por estas razones, los reclamos que presentan las Demandantes respecto de dichos actos administrativos son inadmisibles.¹⁴³
114. En su Réplica sobre Objeciones, Guatemala añade que, pese a que las Demandantes admiten que *"la legislación guatemalteca efectivamente exige el agotamiento de los recursos*

¹⁴¹ Escrito de Objeciones, ¶ 98, citando a *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Excepción Preliminar con base en la Regla 41(5), 24 de febrero de 2022 (RL-49), ¶¶ 227-228.

¹⁴² Escrito de Objeciones, ¶ 100.

¹⁴³ Escrito de Objeciones, ¶¶ 101-104. Los reclamos listados en el Anexo B son los siguientes: MEM, Resolución No. 2017-1515, 14 de septiembre de 2017 (C-22); MEM, Resolución No. 3259, 22 de septiembre de 2017 (C-139); MEM, Resolución No. 3361, 2 de octubre de 2017 (C-141); MEM, Resolución No. 3430, 4 de octubre de 2017 (C-614); MEM, Resolución No. 3549, 11 de octubre de 2017 (C-143); MEM, Resolución No. 1198 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor, 26 de julio de 2021 (C-159); MEM, Resolución No. 1258 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor, 5 de agosto de 2021 (C-161/LC-19/LC-21); MEM, Resolución No. 921-2020, 28 de julio de 2020 (C-176/LC-28); MEM, Resolución No. 925-2020, 30 de julio de 2020 (C-177/LC-29); MEM, Resolución No. 928-2020, 3 de agosto de 2020 (C-178/LC-14); MEM, Resolución No. 214-2021 (Cuarta prórroga), 19 de febrero de 2021 (C-181); Concejo Municipal de Chichicastenango, Acta Municipal 87-2016, 8 de agosto de 2016; Concejo Municipal de Santa Clara La Laguna, Acta 6-2021, 8 de octubre de 2021; Concejo Municipal de Santa Clara La Laguna, Acta 3-2022, 31 de marzo de 2022; Concejo Municipal de Santa Lucía Utatlán, Acta 020/2022, 23 de marzo de 2022; Concejo Municipal de Olintepeque, Acta 37-2012, 17 de julio de 2012; Concejo Municipal de San Francisco El Alto, resolución, 20 de abril de 2012; Concejo Municipal de San Francisco El Alto, Resolución, 31 de agosto de 2012.

administrativos de revocatoria o reposición” [Énfasis de la Demandada], éstas no agotaron dichos recursos para ninguno de los actos administrativos descritos. Por consiguiente, toda su defensa depende de probar que el agotamiento de la vía gubernativa sólo es exigible si la legislación guatemalteca prevé expresamente que el inversionista debe agotar la vía gubernativa, específicamente, para recurrir al arbitraje bajo el Tratado, lo cual, sería incorrecto.¹⁴⁴

115. Guatemala añade que la potestad de Guatemala de “*requerir el agotamiento de la vía gubernativa para acceder al arbitraje del Tratado ya está plasmada en el mismo Tratado, y, por ende, no requiere de una ley o norma especial doméstica que lo haga exigible*”.¹⁴⁵
116. Por otra parte, Guatemala indica que las Demandantes pretenden crear una distinción artificial entre los requisitos necesarios para acudir ante “*el foro interno*” o al “*arbitraje [internacional]*” cuando se presentan reclamos contra actos administrativos, al sostener que si el inversionista pretende “*someter su reclamación [...] al arbitraje*”, sólo está obligado a agotar “*la vía gubernativa o administrativa*”, si la legislación interna exige expresamente “*el agotamiento de recursos previo al sometimiento de una reclamación contra actos administrativos al arbitraje internacional previsto en el Tratado*”.¹⁴⁶ Agrega Guatemala que “[e]sto es absurdo” y que obligaría a cada Estado Parte a emitir (i) una norma doméstica en la que se precise, para cada acto administrativo previsto en su legislación, cómo se agota la vía administrativa antes de recurrir al arbitraje internacional o (ii) una norma que modifique todas las normas que regulan los actos administrativos para precisar exactamente cómo se agota la vía administrativa en caso de que el inversionista pretenda recurrir al arbitraje internacional.¹⁴⁷ Por el contrario, sostiene que una simple lectura del Artículo 12.18 del Tratado prevé que, independientemente de que el inversionista pretenda acudir “*al foro interno o al arbitraje [...], será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa [...] cuando la legislación de la Parte así lo exija*”. En otras palabras, en la medida en que la legislación de la Parte exija el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para un acto administrativo, el inversionista deberá, conforme a dicho artículo, agotarla antes de acudir ante las cortes domésticas o iniciar un arbitraje bajo el Tratado.¹⁴⁸ Para ello, debe hacerse un análisis caso por caso del “acto administrativo” para definir si la legislación aplicable exige que sea en primer lugar sometido a las autoridades administrativas.¹⁴⁹ Insiste entonces en que la legislación guatemalteca prevé que el recurso de reposición procede en este caso, como antes ha quedado señalado.¹⁵⁰ Esta interpretación, añade la Demandada, permite que el derecho doméstico y el Tratado coexistan armónicamente, pues ambos buscan que, antes de

¹⁴⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶ 259.

¹⁴⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶ 260.

¹⁴⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 265-266, haciendo referencia a la Contestación a Objeciones, ¶ 254.

¹⁴⁷ Réplica sobre Objeciones, ¶ 267.

¹⁴⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶ 268.

¹⁴⁹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 269.

¹⁵⁰ Ver *supra* 113. Réplica sobre Objeciones, ¶ 270.

someter ante la justicia reclamos en contra de los actos de la Administración, ésta tenga la oportunidad de enmendar sus supuestos errores.¹⁵¹

117. También rechaza la manifestación de las Demandantes, en el sentido de que “*cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca*” para controvertir estos actos hubiera “*sido fútil*”,¹⁵² ya que el Tratado no prevé excepción alguna a la obligación de agotar la vía gubernativa o administrativa cuando “*la legislación de la Parte así lo exija*”.¹⁵³ En todo caso, argumenta, dada la importancia de otorgar al Estado la oportunidad de remediar supuestas violaciones de los derechos de los inversores antes de que éstos acudan a tribunales internacionales, la supuesta “futilidad” de dichos procedimientos debe ser analizada con “*cautela y circunspección*”, tal y como lo decidió el tribunal en *Phillip Morris c. Argentina*.¹⁵⁴ Hace referencia a varios recursos de reposición presentados por las Demandantes ante el MEM después de iniciado este arbitraje, y cuestiona el hecho de que, si estimaren que era una vía fútil, no los habrían interpuesto.¹⁵⁵

B. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

118. Las Demandantes reiteran que el presente arbitraje no se relaciona con una medida específica y aislada del Estado, o siquiera con unas pocas medidas concretas, sino más bien con una multiplicidad de medidas estatales que contribuyeron al mismo resultado: el daño total a la inversión de las Demandantes. En particular, las Demandantes sostienen que Guatemala incumplió sus promesas y desconoció arbitraria e injustificadamente las garantías otorgadas para inducir la inversión, a través de un amplio espectro de conductas del aparato estatal.¹⁵⁶

119. Sin embargo, argumentan que la Demandada, ante la inmensidad de la conducta estatal impugnada, ha adoptado, en sus Objeciones Preliminares, lo que denominan una “*estrategia de fragmentación*”, mediante la cual, “*consciente de su incapacidad de presentar objeciones que abarquen la integridad de las medidas impugnadas – o por lo menos una parte sustancial de ellas – la Demandada intenta atacar el potente reclamo de las Demandantes con objeciones enfocadas a determinados elementos del caso, carentes de fundamento en los hechos y el derecho*”.¹⁵⁷ Así, sostienen que el obstáculo principal a las objeciones planteadas por la Demandada es que no están ajustadas al caso de las Demandantes. En vez de presentar objeciones forjadas con base en el reclamo exhaustivo de las Demandantes, la Demandada moldea el reclamo de las Demandantes a sus propias objeciones académicas. Al decir de las

¹⁵¹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 271.

¹⁵² Réplica sobre Objeciones, ¶ 272, haciendo referencia a la Contestación a Objeciones, ¶ 262.

¹⁵³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 273.

¹⁵⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶ 279, citando a *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (RL-48), ¶ 137.

¹⁵⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶ 280, con referencia a los recursos citados en la nota al pie No. 392.

¹⁵⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 22.

¹⁵⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 23.

Demandantes, las Objeciones Preliminares de Guatemala revelan el objetivo de dilatar el proceso y evadir su responsabilidad internacional por sus numerosos incumplimientos continuos del Tratado, de la misma manera que lo ha hecho y continúa haciéndolo a nivel local.¹⁵⁸

120. Por ejemplo, en cuanto a la objeción de Guatemala por supuestos reclamos contractuales, las Demandantes alegan que la misma inevitablemente requiere que el Tribunal prejuzgue sobre (i) la naturaleza de las distintas medidas del Estado a la luz de la evidencia sobre la conducta estatal, (ii) sobre los actos realizados por el Estado en torno a las medidas específicas y (iii) sobre aspectos de derecho guatemalteco, que son cuestiones fácticas para los fines del presente caso. Sostienen que dicho análisis aumentaría el riesgo de que el Tribunal prejuzgue una cuestión de fondo en la etapa jurisdiccional sin contar con la totalidad de la información necesaria para este análisis, implicando costos y tiempos injustificados.¹⁵⁹

121. Para responder a las Objeciones Preliminares, las Demandantes plantean diversos argumentos en su Escrito de Contestación a Objeciones¹⁶⁰ que serán analizadas como sigue:

- A. Las objeciones de Guatemala son infundadas bajo el Tratado y la jurisprudencia.
- B. Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado, y no meros incumplimientos contractuales:
 - 1. El arbitraje tiene origen en violaciones del Tratado.
 - a) La jurisdicción del Tribunal no se ve limitada por existir un contrato.
 - b) En fase jurisdiccional, los tribunales no necesitan confirmar si existe un acto soberano.
 - c) En cualquier caso, las medidas en cuestión son actos de poder público, conforme al derecho administrativo.
 - d) Las medidas en cuestión son consistentes con actos soberanos en la jurisprudencia internacional.
 - 2. El Tribunal puede pronunciarse sobre las violaciones de cláusulas paraguas por medio de la Cláusula de NMF.
 - 3. El Tribunal tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la violación al TJE causada por la conducta judicial;
- C. Las Demandantes no impugnan conductas prescritas bajo el Tratado:
- D. Las Demandantes no han planteado acciones bajo el Tratado ante cortes locales.
- E. La legislación guatemalteca no exige el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acciones bajo el Tratado.

¹⁵⁸ Contestación a Objeciones, ¶¶ 24-25.

¹⁵⁹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 31-32.

¹⁶⁰ Contestación a Objeciones, Sección IV.

122. En su escrito de Dúplica, las Demandantes sostienen que las objeciones de Guatemala “*revelan diversos defectos de forma y fondo que hacen que, más allá de ser inaptas para la presente fase procesal, son insuficientes para poner fin a cualquiera de los reclamos de las Demandantes*”,¹⁶¹ y señalan que esto se evidencia mediante:

- Una estrategia de fragmentación del caso. Según las Demandantes, este caso se refiere a “*un gran cúmulo de medidas ilegales, arbitrarias y discriminatorias*” del Estado implementadas a través de distintos órganos y poderes del Estado que perjudicaron sustancialmente la inversión de las Demandantes en uno de los proyectos de infraestructura más grandes de la región. Guatemala presenta una serie de Objeciones Preliminares que “*buscan convenientemente fragmentar y reescribir el reclamo de las Demandantes*”. Agregan que Guatemala ataca el reclamo de las Demandantes con objeciones enfocadas a medidas individuales (y no reclamos), que abarcan solamente determinados elementos de los reclamos de las Demandantes, como sucede en las objeciones relacionadas con (i) prescripción; (ii) medidas supuestamente contractuales; (iii) elección de vía; y (iv) agotamiento de recursos, y no el enorme conjunto de medidas que fundamentan los reclamos planteados por las Demandantes, ni mucho menos en reclamos en su totalidad;¹⁶²
- Defensas de fondo disfrazadas de objeciones preliminares. Al decir de las Demandantes, las Objeciones de Guatemala desconocen el estándar aplicable a esta etapa temprana del procedimiento, y plantean cuestiones de fondo, evidenciando que no hay sustento suficiente para que el Tribunal desconozca el reclamo de las Demandantes, menos aún en esta etapa procesal.¹⁶³ Sostienen que, lo que Guatemala busca, es que este Tribunal determine en una fase preliminar – y por lo tanto prejuzgue – temas de fondo, atacando medidas escogidas de manera selectiva, sin ver el caso completo. En este sentido, sostienen que las Demandantes solamente deben demostrar que los hechos que alegan, *si fueran ciertos, podrían violar* las disposiciones del Tratado. En otras palabras, no se requiere que las Demandantes demuestren en esta fase preliminar: (i) ni los hechos alegados; (ii) ni que, de probarse tales hechos, estos necesariamente violarían el Tratado. Basta con que los hechos alegados, los cuales deben suponerse ciertos, puedan implicar una violación del Tratado.¹⁶⁴
- Respuesta deficiente a la Contestación de las Demandantes. Según las Demandantes, la Réplica de Guatemala aporta elementos de respuesta deficientes a los argumentos planteados por las Demandantes en su Contestación, agregando que estos elementos

¹⁶¹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 2.

¹⁶² Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 3-5.

¹⁶³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 8.

¹⁶⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 9-10.

son esencialmente los mismos que planteó en su Escrito de Objeciones Preliminares, sin contestar a temas claves resaltados por las Demandantes en su Contestación.¹⁶⁵

- Objeciones infundadas y prematuras. Las Demandantes sostienen que “*esta fase bifurcada ha sido superflua e innecesaria. Guatemala planteó Objeciones Preliminares solo porque el Tratado le permitía hacerlo, sin considerar el estándar aplicable a esta fase preliminar y pretendiendo que, con cada objeción, las Partes y el Tribunal se embarquen en un ‘mini juicio’ sobre cuestiones de fondo, dilatando y encareciendo el presente arbitraje*”. Agregan que, lejos de resultar en un ahorro de tiempo y/o de recursos, habrá resultado en un proceso más largo y costoso, con la alta probabilidad que muchas (sino todas) las cuestiones planteadas por Guatemala en sus objeciones tengan que discutirse nuevamente en la fase de mérito.¹⁶⁶

123. En síntesis, las Demandantes plantean que deben ser rechazadas las Objeciones Preliminares de Guatemala por las siguientes razones, entre otras:

- A. Objeción sobre supuestas medidas contractuales: Ya que esta objeción parte de una premisa incorrecta, i.e., que la conducta impugnada en este caso sería una conducta contractual y no soberana. Pero, en todo caso, la determinación de la naturaleza de la conducta estatal impugnada es improcedente en esta etapa procesal, pues el Tribunal debe considerar como ciertos los hechos alegados por las Demandantes. Además: (a) el Tratado no limita la jurisdicción del Tribunal ante la existencia de un contrato; (b) en fase preliminar, corresponde considerar la naturaleza del reclamo del demandante, pues lo contrario, implicaría un prejuzgamiento sobre la conducta del Estado; (c) las Demandantes han presentado un fuerte caso respecto del carácter soberano de los actos en cuestión, incluyendo que el propio derecho administrativo guatemalteco confirma que las medidas impugnadas son medidas del poder público y por ende conductas soberanas; y (d) las medidas en cuestión constituyen actos soberanos bajo la jurisprudencia de inversiones;
- B. Objeción sobre prescripción: En la medida en que esta objeción “*tergiversa y caracteriza incorrectamente*” los hechos planteados en los reclamos de las Demandantes, confundiendo los antecedentes de contexto con las medidas violatorias del Tratado reclamadas en el arbitraje, amén de que esta objeción tuerce el texto del Tratado con el objetivo de que el Tribunal haga una determinación de daños relativa a supuestas medidas prescritas, siendo que la determinación del quantum sería claramente una decisión de fondo;
- C. Objeción sobre cláusulas paraguas: Esta objeción de que el Tratado no permite a las Demandantes importar ninguna de las 10 cláusulas paraguas que invocan es

¹⁶⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 13-14.

¹⁶⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 17-18.

académica, prematura, y atañe a cuestiones jurídicas complejas que el Tribunal no necesita (y no debe) determinar en esta temprana etapa procesal. En todo caso, la Cláusula de NMF en el Artículo 12.6 del Tratado permite incorporar protecciones sustantivas previstas en otros tratados, incluyendo el trato concedido mediante las así llamadas “cláusulas paraguas”. Dichas cláusulas paraguas abarcan los compromisos de Guatemala, tanto en contratos como en otras fuentes, incluyendo obligaciones nacidas tanto de leyes o reglamentos. Agrega que, en todo caso, el Tribunal no necesita determinar en este momento procesal acerca de la posibilidad o no de importar cláusulas paraguas, ya que es posible que esta determinación no sea necesaria en la práctica, particularmente si el Tribunal determina que Guatemala violó otros estándares establecidos en el Tratado;

- D. Objeción sobre denegación de justicia: En la medida en que la objeción de que el Tratado no permite impugnar medidas judiciales distintas de una denegación de justicia pasa por alto que las Demandantes sí hacen un reclamo de denegación de justicia, y que la jurisprudencia internacional ha sostenido que sí se pueden plantear reclamos distintos a la denegación de justicia en contra de medidas judiciales. Además, señalan que esta objeción también es una objeción “*académica, prematura, y que atañe a cuestiones jurídicas complejas que el Tribunal no necesita (y no debe) determinar en esta etapa procesal*”, ya que es posible que esta determinación no sea necesaria si el Tribunal determina que Guatemala incurrió en denegación de justicia;
- D. Objeción sobre elección de vía: Porque, según señalan las Demandantes, esta objeción se fundamenta en una interpretación incorrecta del texto del Tratado, que dejaría sin efecto útil y haría superfluas a otras cláusulas del Tratado (y en particular, las de renuncia de acciones locales). En efecto: (i) el texto y contexto de la cláusula de elección de vía confirman que solo cubre acciones por violación del Tratado; (ii) corresponde aplicar el test de la triple identidad para determinar si se activa la cláusula de elección de vía; y (iii) aun en el caso (improbable) en que el Tribunal decidiera que el test aplicable es el de la base fundamental, la aplicación de ese test al caso concreto demuestra que las acciones locales versaban sobre temas totalmente distintos al de este arbitraje, y que, de hecho, este arbitraje habría sido necesario independientemente del resultado de la acción local, que meramente perseguía la nulidad de ciertos y contados actos bajo derecho guatemalteco, que en nada subsumen la discusión sobre las medidas del estado y los enormes perjuicios generadas por éstas. En cualquier caso, la aplicación de este test requeriría de un análisis de fondo que no corresponde a esta etapa procesal; y
- E. Objeción sobre agotamiento de recursos: En la medida en que la objeción parte de una lectura errónea del Tratado, el cual requiere el agotamiento solo cuando la legislación local así lo exija. Guatemala no ha demostrado que exista tal requisito en su legislación, excepto para acciones contencioso-administrativas. No obstante, aun

si este fuera el caso, agregan que las Demandantes han demostrado la futilidad de los recursos administrativos por un periodo de seis (6) meses adicionales ante las mismas autoridades que han negado, una y otra vez, un resarcimiento a las Demandantes.¹⁶⁷

124. Con base en lo anterior, las Demandantes solicitan al Tribunal que: (a) rechace las Objeciones Preliminares planteadas por la República de Guatemala, en su totalidad; y (b) condene a la República de Guatemala sufragar todos los costos asociados a las Objeciones Preliminares, incluyendo costos administrativos, honorarios profesionales, honorarios de abogados, y desembolsos relacionados.¹⁶⁸

A). Las Objeciones de Guatemala son infundadas bajo el Tratado y la jurisprudencia

125. Según las Demandantes, Guatemala no cuestiona en sus Objeciones Preliminares que, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio CIADI: (i) GEB es un nacional de un Estado Contratante que demanda a otro Estado Contratante; (ii) GEB efectuó inversiones en el territorio de Guatemala y la disputa surgió directamente de dichas inversiones; (iii) la controversia planteada ante el Tribunal es de naturaleza jurídica. Guatemala tampoco cuestiona el hecho de que, con arreglo al Artículo 12.18 del Tratado, a partir de las Comunicaciones de Controversia respectivas, las Demandantes presentaron la controversia después de nueve (9) meses de negociación y consultas, en las que no fue posible llegar a un acuerdo, y noventa (90) días después de haber notificado a Guatemala la intención de hacerlo.¹⁶⁹

126. Sostienen que las Objeciones Preliminares planteadas por Guatemala “*apuntan a la periferia del caso y, en todo caso, no satisfacen el estándar aplicable de conformidad con las disposiciones del Tratado y la jurisprudencia internacional sobre procedimientos expeditos de objeciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal. En esa medida, deben ser desestimadas*”.¹⁷⁰

127. En su escrito de Dúplica, las Demandantes sostienen además que Guatemala no plantea unas objeciones preliminares, sino que invita al Tribunal, en cada caso, a prejuzgar sobre el fondo del asunto, y distorsiona el tratamiento que debe dársele en esta fase a los hechos planteados por las Demandantes.¹⁷¹ Al respecto, divide su argumento en dos: (a) las Objeciones Preliminares requieren, indebidamente, un prejuzgamiento sobre aspectos del fondo de la disputa; y (b) las Objeciones Preliminares se basan en un tratamiento indebido de los hechos planteados por las Demandantes.

¹⁶⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 19.

¹⁶⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 274; Dúplica sobre Objeciones, ¶ 408.

¹⁶⁹ Contestación a Objeciones, ¶ 34.

¹⁷⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 35.

¹⁷¹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 21.

128. Agregan que la fase de objeciones preliminares no está diseñada para determinar cuestiones de fondo, y las Objeciones Preliminares del Estado se basan inapropiadamente en hechos controvertidos o no aceptan como verdaderos los hechos alegados por las Demandantes, haciendo que sus objeciones sean inadecuadas para una decisión preliminar.¹⁷²
129. Señalan las Demandantes que el Artículo 12.23.5 del Tratado establece que el Tribunal deberá decidir, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad y aunque la Demandada reconoce que ha presentado objeciones de jurisdicción y a la admisibilidad de reclamos, esta, a su vez, plantea tres Objeciones en el sentido de que *“el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos que, de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado”*, esto es, las objeciones sobre supuestos reclamos contractuales, invocación de cláusulas paraguas, y reclamos contra medidas judiciales distintos a la denegación de justicia. Según las Demandantes, la calificación que otorga la Demandada a estas tres objeciones como supuestas objeciones jurisdiccionales *“es, como mínimo, cuestionable”*, ya que las mismas *“caerían bajo la segunda oración del Artículo 12.23.5, relativo a objeciones ‘en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante’”*. Las Demandantes añaden que este tipo de objeciones conlleva un estándar sumamente estricto, que la Demandada parece querer evitar.¹⁷³
130. Agregan que el Tribunal no podría pronunciarse *“por definición”* sobre aspectos disputados relativos al fondo de la controversia; si alguna de las Objeciones Preliminares de Guatemala requiriese que el Tribunal resuelva algún aspecto fáctico o jurídico relativo al fondo del asunto, dicha Objeción debe ser desestimada.¹⁷⁴
131. Las Demandantes señalan que Guatemala parece estar de acuerdo con este principio, al declarar explícitamente que *“no disputa que, en esta etapa del procedimiento, no corresponde al Tribunal realizar un análisis sobre el fondo de la controversia...”*, y que no *“está pidiendo”* un análisis sobre el fondo de la controversia, e incluso que *“ha presentado objeciones jurisdiccionales y a la admisibilidad de los reclamos”*.¹⁷⁵ Sin embargo, agregan las Demandantes, lo que pide Guatemala al Tribunal es que prejuzgue sobre aspectos del fondo del caso, ya que las objeciones tal cual fueron formuladas por Guatemala están intrínsecamente atadas a un análisis de fondo, por lo que no constituyen verdaderas objeciones de jurisdicción o admisibilidad, sino invitaciones a resolver anticipadamente diversos aspectos del fondo de la disputa, como sucede tratándose de la objeción de prescripción, la objeción sobre supuestos reclamos contractuales, la objeción sobre cláusulas paraguas, la

¹⁷² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 40.

¹⁷³ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 22-24.

¹⁷⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 25.

¹⁷⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 25, haciendo referencia a la Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 10-11.

objección sobre denegación de justicia, la objeción sobre cláusula de elección de vía, y la objeción sobre agotamiento de recursos administrativos.¹⁷⁶ Citan también a la propia Demandada, quien ha señalado que: “*el Tribunal no podría juzgar sobre el fondo de la controversia porque, como las Demandantes reconocen, ‘la propia Demandada ni siquiera ha presentado su caso sobre el fondo’*”.¹⁷⁷

132. Las Demandantes rechazan la alegación de Guatemala, en el sentido de que la interpretación que hacen del Artículo 12.23.5 del Tratado es incorrecta, y responden a cada uno de los argumentos de la Demandada según los que las Demandantes pretenden: (i) limitar artificialmente las facultades del Tribunal bajo el Artículo 12.23.5 del Tratado, que le impone la obligación de “*decidir, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como objeciones sobre competencia o admisibilidad*” (a lo cual responden que el Tribunal tiene las facultades de resolver en cualquier momento, incluso hasta el dictado del laudo, si la decisión requiriese adentrarse en tema de fondo); (ii) ampliar inaceptablemente el alcance de la jurisdicción del Tribunal bajo el Tratado (a lo cual responden que solo objetan el esfuerzo de la Demandada de forzar como “*pseudo-cuestiones preliminares*”, decisiones que atañen al fondo del caso); y (iii) fabricar una apariencia de excesiva complejidad de su caso (a lo que responden que simplemente objetan el esfuerzo de la Demandada por presentar una visión simplista del caso de las Demandantes).¹⁷⁸

133. Agregan que el estándar de revisión previsto por el Artículo 12.23.5 del Tratado está razonable y naturalmente limitado a aquellas objeciones que, con base en su naturaleza y características, pueden ser efectivamente resueltas en esta fase preliminar, lo que implica, necesariamente, que los procedimientos “preliminares” o “expeditos” como aquel previsto Artículo 12.23.5 del Tratado atañen a objeciones que pueden y deben ser resueltas sin necesidad de un examen sobre el fondo.¹⁷⁹

134. Según las Demandantes, el Artículo 12.23.5(c) del Tratado prohíbe expresamente cuestionar la veracidad de los hechos planteados por las Demandantes con relación a sus reclamaciones en el contexto de objeciones preliminares,¹⁸⁰ pero reconocen que Guatemala invoca dos excepciones a esta presunción: (i) que “*la presunción mencionada no se aplica a los hechos alegados por el demandante en el trámite de las objeciones preliminares*”; y (ii) que dicha presunción “*no se aplica a alegaciones jurídicas que el Tribunal deba analizar a efectos de*

¹⁷⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 26.

¹⁷⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 27, con referencia a la Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 10.

¹⁷⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 28.

¹⁷⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 29.

¹⁸⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 31. El artículo citado establece: “*Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el Tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la solicitud de arbitraje (o cualquier modificación de ésta) y, en controversias presentadas de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. El Tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa*”.

decidir sobre su competencia".¹⁸¹ En relación con lo anterior, las Demandantes señalan que Guatemala pretende transferir su carga de la prueba al sugerir que, para superar las Objeciones Preliminares, las Demandantes debían haber demostrado los elementos de su caso de fondo, en vez de que sea Guatemala la que deba demostrar por qué las Demandantes no establecieron un caso *prima facie*. En realidad, es la Demandada la que tiene la carga de probar sus objeciones a la jurisdicción del Tribunal en esta etapa preliminar conforme con los principios probatorios ampliamente reconocidos en el derecho internacional.¹⁸²

135. Las Demandantes también recuerdan que el Artículo 12.23.5¹⁸³ prevé dos tipos de objeciones preliminares: (i) las "*objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad*"; y (ii) "*cualquier objeción del demandado en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante...*".¹⁸⁴ Agregan que la Demandada no ha explicado por qué estaría exenta de los estándares y requisitos de la segunda oración del Artículo 12.23.5, respecto de las tres Objeciones Preliminares que ha planteado. El Tratado regula explícitamente el tipo de objeción que la Demandada ha planteado, y la Demandada no puede evadir esa regulación etiquetando a sus objeciones como "jurisdiccionales". Presumiblemente, añaden, ello es porque la Demandada ha buscado evitar que estas tres objeciones caigan bajo la segunda oración del Artículo 12.23.5, y rehúye explícitamente su aplicación, debido a que, como confirma la jurisprudencia, el estándar para este tipo de objeciones preliminares es particularmente alto.¹⁸⁵ Al respecto, hacen referencia a la decisión del tribunal en *Pac Rim c. El Salvador* el cual se pronunció respecto del sentido que debía de otorgarse a la frase "*como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante [...]*".¹⁸⁶

136. Así debe ser, sostienen las Demandantes, cuando se trata de objeciones que necesariamente implican una decisión anticipada de desestimar reclamos porque no satisfacen *ni pueden satisfacer* estándares substantivos del Tratado, y no meramente requisitos jurisdiccionales. Alegan que las tres Objeciones Jurisdiccionales que la Demandada acomoda en este grupo (i.e., reclamos de naturaleza contractual, presuntas violaciones a la cláusula paraguas, y

¹⁸¹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 32, haciendo referencia a la Réplica Sobre Objeciones ¶¶ 8-9.

¹⁸² Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 37-38.

¹⁸³ El Artículo 12.23.5 del Tratado establece: "*El Tribunal deberá decidir antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad. Asimismo, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar sobre cualquier objeción del demandado en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 12.29 ...*".

¹⁸⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 79.

¹⁸⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 80-81. Ver ¶ 129 supra.

¹⁸⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 81; citando a *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, 2 de Agosto de 2010 (CL-132), ¶¶ 109-110.

reclamos de denegación de justicia) caen, por ende, en la segunda oración del Artículo 12.23.5, y la Demandada no ha demostrado lo contrario.¹⁸⁷

B). Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado

137. En respuesta a la posición de Guatemala en el sentido de que el Tribunal “*carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos que, de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado*” debido a que (i) “*la mayoría*” de los reclamos de GEB y TRECSA “*no tienen que ver con cuestiones reguladas por el Tratado, sino con cuestiones meramente contractuales*”, o (ii) “*los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala*”, o (iii) “*las Demandantes pretenden presentar reclamos en contra de la Corte de Constitucional (distintos de una denegación de justicia)*”, las Demandantes sostienen que la jurisprudencia internacional ha reiterado que, para satisfacer el test *prima facie*, “*lo único que debe demostrar la demandante es que los hechos que alega... podrían constituir una violación del tratado en cuestión*” [Énfasis de las Demandantes]. Sostienen que este estándar lo confirmó la CIJ, y se encuentra cristalizado en jurisprudencia constante y en la doctrina.¹⁸⁸
138. Según las Demandantes, Guatemala no cuestiona que éste sea el estándar aplicable, e incluso menciona que el caso que cita la Demandada – *Impregilo c. Pakistán*¹⁸⁹ – expresamente reconoce este principio. Por tanto, la objeción de Guatemala únicamente podría prosperar si, asumiendo que los hechos alegados por las Demandantes son ciertos, el Tribunal concluyese que *no existe posibilidad*, es decir, que es *imposible*, que puedan constituir una violación del Tratado.¹⁹⁰ También cita en apoyo a *Hamester c. Ghana*¹⁹¹ y *Phoenix Action c. República Checa*.¹⁹²
139. En efecto, sostienen que, “*aun cuando se acepten como jurisdiccionales las Objeciones Preliminares en el sentido de que diversos reclamos de las Demandantes, aun de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado, la Demandada aplica incorrectamente el test prima facie a dichas Objeciones*”. Al respecto, señalan que la Demandada plantea tres argumentos erróneos.¹⁹³

¹⁸⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 82.

¹⁸⁸ Contestación a Objeciones, ¶¶ 64-65, con referencia a Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2009) (CL-141), págs. 540-542, ¶¶ 86-92.

¹⁸⁹ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (RL-8), ¶ 254.

¹⁹⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 65.

¹⁹¹ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 (CL-274).

¹⁹² *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 (CL-275).

¹⁹³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 83.

140. *Primero*, las Demandantes se refieren, *inter alia*, a la decisión del tribunal en *Iberdrola c. Guatemala*,¹⁹⁴ el que resolvió que el demandante no había explicado de qué manera los actos del Estado habían violado el derecho internacional. En cambio, lo que cuestiona Guatemala en este caso es que las medidas del Estado reclamadas no son actos soberanos, sino que son, supuestamente, solo actos contractuales, y por lo tanto el Tribunal no tendría jurisdicción sobre los mismos. Agregan que las Demandantes han hecho una labor exhaustiva de demostrar la existencia de actos soberanos subyacentes a sus reclamos, con citas al derecho internacional, guatemalteco, e incluso comparado, siendo la Demandada la que aplica una etiqueta superficial de “acto contractual”, cuando es ella la que tiene la carga de prueba en relación con sus Objeciones Preliminares.¹⁹⁵
141. *Segundo*, aunque Guatemala sostiene que el “*test prima facie necesariamente implica un análisis jurídico aplicable a los hechos planteados por la demandante para determinar si esos hechos podrían violar la norma invocada*”, las Demandantes manifiestan que esto no es lo que hace la Demandada, quien “*traspasa el análisis meramente jurídico para internarse a cuestiones fácticas de todo tipo, que no corresponden a esta fase*”.¹⁹⁶
142. *Tercero*, las Demandantes sostienen que los hechos del caso *Telenor c. Hungría*, que menciona la Demandada, son extremos, y proporcionan un marcado contraste con el presente caso, en cuanto a la aplicación del *test prima facie*¹⁹⁷. Según las Demandantes, en *Telenor*, el demandante ni siquiera alegó cuáles eran sus pérdidas totales, y ni siquiera había incluido un reclamo de expropiación en su solicitud de arbitraje pese a que ese era el único tipo de reclamo que se podía plantear en un arbitraje CIADI bajo el tratado relevante.¹⁹⁸

1. El Arbitraje tiene Origen en Violaciones al Tratado

a). La jurisdicción del Tribunal no se ve limitada por existir un contrato

143. Al decir de las Demandantes, Guatemala pretende insertar en el Tratado limitaciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral que no existen. En este caso, el Artículo 12.18.4 del Tratado establece que “[e]n caso que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación”, el demandante “*podrá someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue... que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A*”, la cual contiene los estándares sustantivos de protección de los inversionistas y sus inversiones. Las Demandantes sostienen

¹⁹⁴ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (RL-7), ¶ 350.

¹⁹⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 85-87.

¹⁹⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 90.

¹⁹⁷ *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (RL-12).

¹⁹⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 91-92, en referencia a *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (RL-12) ¶ 79.

que tanto el Artículo 12.18.4 como los estándares de protección establecidos en la Sección A del Tratado, fueron redactados con términos amplios por los Estados Contratantes y no incluyen limitación alguna en cuanto a reclamos por violaciones del Tratado que coexistan con una relación contractual entre los inversionistas y el Estado receptor.¹⁹⁹

144. Por otra parte, sostienen las Demandantes que la jurisprudencia y la doctrina internacional han reconocido que la coexistencia entre contratos y tratados es prácticamente inevitable en los proyectos de inversión modernos, y que es común que los reclamos por violaciones de un tratado y los contratos en los que se instrumentó la inversión estén “*closely related*”.²⁰⁰ Como reconoció el Comité de Anulación en *Vivendi I c. Argentina*, el hecho de que una reclamación derivada de un tratado involucre cuestiones contractuales, no socava los poderes del tribunal para aplicar el tratado en cuestión.²⁰¹ Agrega que otros tribunales en casos como *Azurix c. Argentina*,²⁰² *Convial c. Perú*²⁰³ y *Crystallex c. Venezuela*²⁰⁴ han reconocido que la reclamación bajo un tratado puede involucrar cuestiones contractuales sin que su naturaleza se transforme en la de una reclamación meramente contractual.²⁰⁵

b). En fase jurisdiccional, los tribunales no necesitan confirmar si existe un acto soberano

145. En respuesta a la postura de Guatemala según la que, (a) para satisfacer el estándar *prima facie*, “*el inversionista debe demostrar... que las medidas del Estado... ‘parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano’*”; (b) “*el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas ‘son totalmente extraños al contrato’*” y (c) “[*e*]sta regla se desprende de la máxima del derecho internacional según la cual ‘[o]nly the State in the exercise of its sovereign authority (‘*puissance publique*’), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT””, las Demandantes sostienen que Guatemala distorsiona el estándar que el Tribunal debe aplicar para decidir sobre su jurisdicción frente a los cuestionamientos del Estado. Guatemala pide que el Tribunal decida sobre el fondo de los reclamos de las Demandantes relativos a diversas medidas del MEM, pero esto sería inapropiado en el contexto de una fase jurisdiccional, puesto que los tribunales arbitrales en la fase de jurisdicción deben limitarse a establecer si las conductas que se atribuyen al Estado – las cuales deben ser tomadas como ciertas – podrían constituir una violación del Tratado,

¹⁹⁹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 71-72.

²⁰⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 73.

²⁰¹ Contestación a Objeciones, ¶ 73, haciendo referencia a *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002 (CL-148), ¶¶ 60, 101-103.

²⁰² *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003 (CL-149), ¶ 76.

²⁰³ *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (CL-143), ¶ 579.

²⁰⁴ Citado en *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (CL-143), ¶ 579.

²⁰⁵ Contestación a Objeciones, ¶¶ 74-76.

ya sean actos de imperio o no.²⁰⁶ Las Demandantes sostienen que en esta fase jurisdiccional no corresponde que este Tribunal sopesa todos los argumentos y evidencia relativos a cada reclamo. Esto es particularmente cierto en el caso de objeciones relativas a la naturaleza supuestamente contractual de los reclamos, ya que si el Tribunal quisiese determinar para cada una de las medidas que son objeto de esta Objeción Preliminar, si se trata de actos meramente contractuales o que involucran actividad soberana, el Tribunal tendría que analizar los antecedentes, documentos, testimonios y pericias para cada una de esas medidas, a fin de confirmar su naturaleza específica y el alcance de la conducta soberana relevante.²⁰⁷

146. En su escrito de Dúplica, las Demandantes confirman que han sometido a este arbitraje reclamos por incumplimientos del Tratado causados, entre otros, por la conducta del MEM, un órgano administrativo perteneciente al Estado guatemalteco. En esta medida, los actos reclamados por las Demandantes son, por definición, actos de poder público que comprometen la responsabilidad internacional del Estado.²⁰⁸ Por tratarse de auténticos reclamos bajo el Tratado, el Tribunal debe aplicar el estándar propio de esta etapa y confirmar su jurisdicción, en línea con la posición consolidada de la jurisprudencia internacional.

147. Con respaldo en tratadistas²⁰⁹ y casos como *Convial c. Perú*,²¹⁰ *Azurix c. Argentina*,²¹¹ e *Impregilo c. Argentina*²¹², sostienen las Demandantes que los tribunales se han típicamente limitado a establecer solo si se encuentran frente a un reclamo *bajo el tratado respectivo*, por oposición a un reclamo bajo algún instrumento distinto.²¹³

148. Las Demandantes señalan que, en fase jurisdiccional, los tribunales aplican los siguientes cinco criterios para establecer si están frente a un reclamo bajo el tratado correspondiente, y poder pasar, con ello, al análisis de fondo:

- a. *La causa de acción.* El principio fundamental de la distinción consiste en la causa de acción del reclamo. En un reclamo derivado de un tratado, la causa de acción

²⁰⁶ Contestación a Objeciones, ¶¶ 78-79.

²⁰⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 80.

²⁰⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 97, con apoyo en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (CL-16), ¶ 183.

²⁰⁹ Guido S. Tawil, *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, 13 INT'L ARB. 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 502.

²¹⁰ *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (CL-143), ¶¶ 448-449.

²¹¹ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003 (CL-149), ¶¶ 76, 79.

²¹² *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011 (CL-207), ¶¶ 182, 188.

²¹³ Contestación a Objeciones, ¶¶ 81-84.

“es un derecho establecido y definido en un tratado de inversión”, mientras que en un reclamo contractual “es algún derecho creado y definido en un contrato”.²¹⁴

- b. *El contenido del derecho.* Mientras que los derechos contenidos en un tratado “son de naturaleza genérica y están definidos por el derecho internacional”, los derechos derivados de un contrato “son, en general, específicos para cada inversión concreta y están definidos por la ley nacional del Estado Receptor”.²¹⁵
- c. *Las partes.* Las partes de un reclamo derivado de un tratado son siempre un inversionista calificado bajo el tratado y el Estado receptor. En contraste, las partes de un reclamo contractual son aquellas que suscribieron el contrato en cuestión.²¹⁶
- d. *La ley aplicable.* Los reclamos derivados de un tratado están gobernados por las disposiciones de ese tratado, la ley doméstica del Estado receptor, y los principios del derecho internacional, mientras que los reclamos derivados de un contrato típicamente están gobernados por la ley doméstica del Estado receptor.²¹⁷
- e. *La responsabilidad del Estado receptor.* El éxito de un reclamo derivado de un tratado implica una responsabilidad del Estado de conformidad con el derecho internacional, mientras que el éxito de un reclamo contractual se traduce en la responsabilidad del Estado conforme a lo estipulado en su ley nacional.²¹⁸

149. Atendiendo a dichos criterios, las Demandantes sostienen que en este caso:

- (a) la causa de acción de las Demandantes contra la conducta administrativa de Guatemala se basa en los estándares de protección a los que tienen derecho bajo el Tratado –particularmente la falta de trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas, el tratamiento discriminatorio frente a otros inversionistas domésticos y extranjeros y la expropiación ilegal de la inversión;
- (b) los derechos reclamados por las Demandantes se encuentran establecidos en el Tratado;

²¹⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 85, citando a Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, 2/2004 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA LATINA. EL CASO ARGENTINO (2004) (CL-144), págs. 3-4.

²¹⁵ Contestación a Objeciones, ¶ 85, citando a Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, 2/2004 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA LATINA. EL CASO ARGENTINO (2004) (CL-144), pág. 4.

²¹⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 85, citando a Guido S. Tawil, *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, 13 INT’L ARB. 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 492; Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, 2 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA LATINA. EL CASO ARGENTINO (2004) (CL-144), págs. 5-6

²¹⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 85, citando a Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, 2/2004 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA LATINA. EL CASO ARGENTINO (2004) (CL-144), pág. 6.

²¹⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 85, citando a Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairns, *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, 2/2004 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA LATINA. EL CASO ARGENTINO (2004) (CL-144), pág. 6.

- (c) se trata de una conducta administrativa de la propia República de Guatemala, quien actuó a través de órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo (particularmente, el MEM y la CNEE);
- (d) los reclamos de las Demandantes están gobernados, fundamentalmente, por las disposiciones del Tratado y los principios del derecho internacional que las desarrollan y definen; y
- (e) las Demandantes solicitan al Tribunal Arbitral declarar la responsabilidad internacional de la República de Guatemala por las violaciones de sus obligaciones al amparo del Tratado.²¹⁹

150. Afirman que, aunque Guatemala se limita a etiquetar los reclamos de las Demandantes como “*puramente contractuales*”, las Demandantes no reclaman incumplimientos contractuales por parte del MEM, sino incumplimientos del Tratado por parte del Estado guatemalteco, mediante múltiples entidades estatales, el MEM siendo solamente una de ellas.²²⁰

151. Las Demandantes notan que Guatemala citó, entre otros, los casos *Impregilo c. Pakistán*²²¹ y *Bayindir c. Pakistán*,²²² y que ambos involucraban reclamos en los que expresamente se invocaron incumplimientos contractuales que los demandantes alegaban también constituían reclamos bajo los tratados respectivos. No obstante, ese no es el caso en el presente arbitraje; las Demandantes no están invocando incumplimientos contractuales como violaciones del Tratado.²²³

152. Ahora bien, según las Demandantes, los casos citados por Guatemala –antes que abonar a su posición– confirman que: (i) no corresponde aplicar un *test de puissance publique* en fase jurisdiccional, a menos que el demandante explícitamente invoque incumplimientos contractuales como violaciones del tratado respectivo (lo cual no es el caso en el presente arbitraje); y (ii) que dicho análisis corresponde, en todo caso, en la fase de fondo.²²⁴

²¹⁹ Contestación a Objeciones, ¶ 85.

²²⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 87.

²²¹ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (RL-8), ¶¶ 209, 214. Según relatan las Demandantes, en dicho caso, el tribunal determinó que la entidad parte del contrato en cuestión era totalmente distinta al Estado pakistaní, y no regida por el tratado, por lo que concluyó que, si bien su jurisdicción bajo el tratado efectivamente se extendía a incumplimientos puramente contractuales, no podía extenderse a aquellos realizados por una entidad no perteneciente al Estado (Contestación a Objeciones, ¶ 89). No obstante, el tribunal confirmó su jurisdicción respecto de la mayoría de los reclamos presentados bajo el tratado, siendo la única excepción un reclamo relacionado con condiciones geológicas imprevistas (evidentemente no atribuibles al Estado) que, además, ya estaba siendo tratado en un procedimiento arbitral bajo la cláusula arbitral del contrato (Contestación a Objeciones, ¶ 91).

²²² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (RL-16), ¶ 180.

²²³ Contestación a Objeciones, ¶ 88.

²²⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 94.

c). En cualquier caso, las medidas en cuestión son actos de poder público, conforme al derecho administrativo

153. Las Demandantes reafirman que no han presentado reclamos por incumplimientos del Contrato, ni reclamos por incumplimientos del Contrato que podrían equivaler a un incumplimiento del Tratado. Por el contrario, afirman que han sometido a este arbitraje reclamos por incumplimientos del Tratado causados directamente por la conducta del MEM, un órgano administrativo perteneciente al Estado guatemalteco.²²⁵ En esta medida, los actos impugnados por las Demandantes son actos de poder público que comprometen la responsabilidad internacional de Guatemala.²²⁶ Por tratarse de auténticos reclamos bajo el Tratado, el Tribunal debe aplicar el estándar propio de esta etapa y confirmar su jurisdicción, en línea con la posición consolidada de la jurisprudencia internacional.

154. Señalan las Demandantes que los hechos del caso demuestran que los actos del MEM en perjuicio de las Demandantes y su inversión son “*actos de poder público*” o “*actos soberanos*” y, por tanto, son capaces de constituir violaciones del Tratado.²²⁷ Para este fin, las fuentes de derecho administrativo interno de Guatemala proporcionan al Tribunal orientación útil sobre las características propias de los actos de poder público que determinan, en definitiva, la existencia del *puissance publique* en la actuación del MEM en este caso.²²⁸ En apoyo de su caso, analizan los elementos y características de un acto administrativo en derecho guatemalteco, y derecho comparado,²²⁹ para concluir que los actos administrativos o actos de autoridad:

- Son emitidos por órganos estatales actuando en función administrativa, en ejercicio de facultades que les confiere la ley;
- Constituyen la expresión de potestades públicas, entendidas como el conjunto de prerrogativas exorbitantes y exclusivas de la administración pública;
- Se caracterizan por la presunción de legitimidad, la ejecutividad y ejecutoriedad, la unilateralidad, la revocabilidad, y la impugnabilidad;
- Están destinados a producir efectos jurídicos en los administrados, ya sea para ampliar su esfera jurídica, restringirla, o hacer constar la existencia de una situación jurídica determinada; y
- Están sometidos a la revisión administrativa y contencioso-administrativa, de conformidad con el derecho público.²³⁰

²²⁵ Contestación a Objeciones, ¶ 96.

²²⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 96, apoyándose en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (RL-16).

²²⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 97.

²²⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 98.

²²⁹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 99-106.

²³⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 107; Dúplica sobre Objeciones, ¶ 103.

155. Al respecto, manifiestan que es indisputable que los actos del MEM que afectaron los derechos e intereses de las Demandantes efectivamente revisten las características de los actos de poder público del Estado guatemalteco, ya que:²³¹

- Son resoluciones administrativas *emitidas por el MEM*, un órgano de la administración pública del Poder Ejecutivo de la República de Guatemala;
- Son resoluciones administrativas *emitidas en ejercicio de las facultades* que la ley guatemalteca otorga al MEM como órgano perteneciente a la administración pública y según consta en las propias resoluciones;
- Son resoluciones administrativas que *contienen ordenes o imposición de condiciones exorbitantes* a una relación de coordinación, modificando derechos y/o reglas jurídicas establecidas;
- Son resoluciones administrativas *emitidas unilateralmente por el MEM*, sin requerirse el consentimiento o anuencia de TRECSA para producir efectos jurídicos;
- Son resoluciones administrativas *de cumplimiento obligatorio* y las Demandantes estaban obligadas a acatarlas, *so pena* de que el MEM las ejecutara por sí mismo; y
- Son resoluciones administrativas *susceptibles de impugnación y revocación mediante los recursos administrativos* y el juicio contencioso-administrativo previstos en la legislación guatemalteca, como incluso confirma la Demandada.

d). Las medidas en cuestión son consistentes con actos soberanos en la jurisprudencia internacional

156. Las Demandantes hacen referencia a que, en su Escrito de Objeciones, Guatemala se limita a proporcionar afirmaciones genéricas de que la “*gran mayoría*” de los reclamos de las Demandantes en torno a la conducta del MEM “*tienen su origen en el Contrato*” y “*no en el ejercicio de algún poder soberano del Estado*”.²³²

157. Afirman que, aunque no corresponde en esta etapa que el Tribunal efectúe una determinación final acerca de la existencia de actos soberanos, Guatemala ni siquiera ofrece en todo caso parámetro objetivo alguno acerca de qué constituye, bajo el derecho internacional, el ejercicio de facultades soberanas y sobre cómo en este caso supuestamente no se cumpliría dicho ejercicio. Los argumentos de la Demandada no son suficientes para probar que los actos del

²³¹ Contestación a Objeciones, ¶ 108.

²³² Contestación a Objeciones, ¶ 109.

MEM respecto del Proyecto PET y las Demandantes son meros actos comerciales sin injerencia alguna de facultades soberanas.²³³

158. Las Demandantes rechazan la aseveración de Guatemala en el sentido de que, “*contrario a lo que sugieren las Demandantes, el hecho de que las Resoluciones del MEM citen como fundamento no sólo las disposiciones del Contrato, sino también las normas generales que regulan la actuación del MEM, no implica que la actuación de este último sea per se soberana*”, y que “*por definición, la función pública se rige por el principio de legalidad*”, el cual “*se aplica no sólo a las actuaciones soberanas de la Administración (i.e., en ejercicio del ius imperium), sino también a las actuaciones contractuales*”.²³⁴ En particular, las Demandantes rechazan que hayan dicho que la cita del MEM de disposiciones legales determine “*per se*” la naturaleza soberana de sus actuaciones, pero alegan que un indicio que el Tribunal debe tomar en cuenta es que el acto de autoridad en cuestión haya sido emitido por un órgano estatal en ejercicio de facultades que confiere la ley y, en esa medida, se invoquen las normas generales o especiales aplicables a dicho ejercicio. Las Demandantes han demostrado que las Medidas del MEM en violación del Tratado revisten una serie de elementos que el derecho administrativo (guatemalteco y comparado) y la jurisprudencia internacional han identificado como característicos de la actuación soberana del Estado.²³⁵ Añaden que la jurisprudencia internacional ha reconocido que la invocación de disposiciones legales en los actos estatales es efectivamente relevante para la determinación de la naturaleza soberana de dichos actos,²³⁶ y señalan que tanto la jurisprudencia internacional, como el derecho administrativo interno, reconocen que debe existir una distinción entre los actos del Estado que se rigen por el derecho público, y aquellos que se rigen por el derecho privado, en el que la autonomía de los contratantes es ampliamente reconocida.²³⁷

159. Las Demandantes se apoyan en diversos casos como *Siemens c. Argentina*,²³⁸ *Convia c. Perú*,²³⁹ *Abaclat c. Argentina*²⁴⁰ y *SGS c. Paraguay*²⁴¹ para concluir que la jurisprudencia internacional ha establecido elementos que ilustran el tipo de actuaciones soberanas por parte de órganos o entidades estatales, que van más allá de un rol puramente contractual respecto de los inversionistas y sus inversiones, y que efectivamente comprometen la responsabilidad

²³³ Contestación a Objeciones, ¶ 110.

²³⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 106, con referencia a la Contestación a Objeciones, ¶¶ 76-78.

²³⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 107, con referencia a la Contestación a Objeciones, ¶¶ 120-145.

²³⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 108, con referencia a *Convia Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (CL-143), ¶ 517.

²³⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 109.

²³⁸ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007 (CL-105), ¶ 254.

²³⁹ *Convia Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (CL-143), ¶ 513.

²⁴⁰ *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶ 238.

²⁴¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (CL-152), ¶ 73.

internacional del Estado si resultan ser violatorios de un tratado de protección de inversiones.²⁴² Sostienen que estos incluyen, de manera enunciativa, más no limitativa:

- Cuando el Estado interfiere en la relación contractual con el inversionista, por ejemplo, al requerir o imponer cambios en la ecuación económica de dicha relación;
- Cuando el Estado altera unilateralmente el equilibrio obligacional y las disposiciones del contrato celebrado con el inversionista;
- Cuando el Estado incumple obligaciones contractuales sin invocar un derecho o mecanismo contractual que le permita hacerlo;
- Cuando el Estado se rehúsa a compensar al inversionista, invocando argumentos que van más allá de sus derechos contractuales;
- Cuando la medida estatal impugnada se emitió en ejercicio de facultades y procedimientos no sólo establecidos en el contrato, sino también previstos en las normas del ordenamiento jurídico local; y
- Cuando la medida estatal impugnada se instrumentó en actos propios de la función administrativa, como decretos, leyes, o actos y resoluciones administrativas.

160. Las Demandantes argumentan que, en cada una de las medidas descritas en el Memorial de Demanda, se observan precisamente las características descritas en el párrafo anterior, las cuales confirman la naturaleza soberana de la actuación del MEM respecto de las Demandantes y su inversión, en violación del Tratado. Ello, a pesar de que Guatemala “*busca esconder la injerencia soberana del MEM en cada una de las medidas que son objeto de su objeción, presentando una versión incompleta y sesgada de los hechos narrados en el Memorial de Demanda*”.²⁴³

161. Respecto de la Resolución No. 2017-1515, las Demandantes señalan que, contrario a lo manifestado por Guatemala: (a) no hay disposición contractual alguna que autorice al MEM a modificar unilateralmente los términos del Contrato, y mucho menos a imponer a su conveniencia nuevas obligaciones a TRECSA, a desconocer sus derechos adquiridos, y a aumentar las garantías de cumplimiento; y (b) no existió un común acuerdo para hacerlo, ya que el MEM condicionó la autorización de las prórrogas del plazo de ejecución de obras a que TRECSA aceptase nuevos términos impuestos unilateralmente bajo un “apercibimiento”, lo

²⁴² Contestación a Objeciones, ¶ 119.

²⁴³ Contestación a Objeciones, ¶ 120; Dúplica sobre Objeciones, ¶ 121.

cual es propio del ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana.²⁴⁴

162. En la Dúplica, las Demandantes sostienen que en la Resolución No. 2017-1515, el pronunciamiento del MEM sobre la solicitud de TRECSA no se amparó en sus facultades y obligaciones “*en los términos establecidos en dicha cláusula*”, ya que, según la Cláusula Décima Primera del Contrato, la modificación y prórroga del plazo para ejecutar las Obras únicamente está condicionada a que “*el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya sido declarado conforme al procedimiento descrito en esta cláusula o se encuentre en proceso de ser declarado*” por el MEM. Una vez actualizada esta condición, la prórroga debe ser otorgada. En cambio, en la Resolución No. 2017-1515 –si bien el MEM reconoció que había declarado la existencia de 31 eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito que afectando el Proyecto– este “*aprovechó también la ocasión para modificar unilateralmente los términos del Contrato, e imponer a su conveniencia nuevas obligaciones a TRECSA*”. Cuando TRECSA intentó rechazar estas modificaciones unilaterales, el MEM en resoluciones subsecuentes condicionó el otorgamiento de la referida prórroga a la implementación de esos nuevos términos, y apercibió a TRECSA a aceptarlos *so pena* de rechazarla.²⁴⁵

163. Es igualmente incorrecto, agregan las Demandantes, que tuvieron el “*derecho de aceptar o rechazar la modificación del Contrato en los términos aprobados por el MEM*” y que, “*por cuestiones de negocio, decidieron aceptar la modificación en estos términos y suscribir la correspondiente escritura pública*”, ya que el MEM no tenía derecho contractual alguno a “aprobar” los términos en que se implementaría la modificación y prórroga del Proyecto PET, pues las condiciones de su procedencia ya estaban previstas en el Contrato; en cambio, el MEM determinó y “aprobó” esos nuevos términos porque podía en su carácter de autoridad soberana.²⁴⁶

164. En todo caso, señalan, es la Demandada la que tiene la carga de probar cómo el apercibimiento del MEM *no implicaría* el ejercicio de facultades sancionadoras, inherentes al Estado, y Guatemala no lo hizo en su Réplica sobre Objeciones.²⁴⁷

165. En respuesta al alegato de Guatemala, quien cita al laudo en *Ríos c. Chile*²⁴⁸ para afirmar que “[e]l hecho de que dichas exigencias [del MEM] hubiesen sido arbitrarias o abusivas... es irrelevante”,²⁴⁹ las Demandantes indican que la referencia corresponde al análisis de fondo realizado por el tribunal sobre el carácter soberano de las medidas del Estado chileno en el

²⁴⁴ Contestación a Objeciones, ¶¶ 121-122; Dúplica sobre Objeciones, ¶ 124.

²⁴⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 125.

²⁴⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 127.

²⁴⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 128.

²⁴⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶ 96, haciendo referencia a *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (RL-18), ¶ 447.

²⁴⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 132.

contexto de la determinación de responsabilidad del Estado por violación del estándar de expropiación del tratado aplicable y que los actos fueron hechos en ejercicio de sus poderes soberanos. También sostiene que los actos del MEM no se fundaron en derechos o prerrogativas establecidas en el Contrato, sino que fueron emitidos en ejercicio (y abuso) de facultades soberanas e instrumentados en actos propios de dicho ejercicio (resoluciones ministeriales sujetas a medios de impugnación). El MEM se apartó de su rol como mera parte contractual al imponer a las Demandantes la aceptación de nuevos términos que cambiaron la ecuación económica del Proyecto sin fundamento en el Contrato y bajo apercibimiento de aplicar una sanción no convenida contractualmente, sino en ejercicio de sus atribuciones soberanas.²⁵⁰

166. Las Demandantes hacen un comentario similar para distinguir los casos *Siemens A.G. c. República Argentina*²⁵¹ y *Abaclat y otros c. República Argentina*.²⁵²

167. Incluso si se aceptara la afirmación de Guatemala en el sentido de que “*para determinar si un acto del Estado es soberano*”, lo importante es que se trate de medidas que “*no podrían ser impugnadas en el foro contractual*”²⁵³ las Demandantes notan que, si a nivel local el *foro contractual* no está disponible para el cuestionamiento del acto, entonces el que queda disponible es el *foro administrativo*. Por tanto, la afirmación de Guatemala implicaría que, para determinar si un acto del Estado es soberano, lo importante es si dicho acto debe poder impugnarse en el foro administrativo. Las Demandantes explican a continuación que mientras que en una de sus Objeciones la Demandada afirma que la naturaleza soberana de las medidas del MEM en cuestión depende de que estas solo puedan ser impugnadas en el foro judicial administrativo, en otra la Demandada pretende sujetar esas mismas medidas del MEM al agotamiento de la vía administrativa, precisamente porque ello es requerido para acceder al foro judicial administrativo. Para las Demandantes, las premisas planteadas por la Demandada en este sentido implicarían su aceptación implícita de la naturaleza soberana de las medidas del MEM en cuestión.²⁵⁴

168. Respecto de la Resolución No. 770-2018, las Demandantes señalan que Guatemala no ha demostrado que ésta fue emitida por el MEM sin la injerencia de sus facultades soberanas,²⁵⁵ y que el MEM utilizó disposiciones contractuales a su conveniencia para amenazar con la imposición de sanciones previstas en la LGE, en una resolución emitida en ejercicio de las funciones que le otorgan esa ley, por lo que no se trató del ejercicio de prerrogativas meramente contractuales. Cuando TRECSA intentó combatir dicha resolución mediante el

²⁵⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 133.

²⁵¹ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (CL-105).

²⁵² Dúplica sobre Objeciones ¶¶ 134-137. *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14).

²⁵³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 83, notas 103-104.

²⁵⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 120.

²⁵⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 138.

procedimiento administrativo previsto en esa misma ley, el MEM se demoró más de tres años en resolverlo, generando una alta incertidumbre con relación a potenciales sanciones.²⁵⁶

169. Agregan que, a diferencia de lo que arguye Guatemala, una contraparte contractual cualquiera no podría: (i) aplicar o amenazar con aplicar sanciones previstas en la legislación nacional mediante una resolución administrativa; o (ii) mucho menos, tramitar un recurso administrativo interpuesto con el objetivo de obtener la revocación de la resolución en cuestión.²⁵⁷
170. Respecto de las Resoluciones de ajuste del Canon Anual, las Demandantes argumentan igualmente que Guatemala no ha demostrado que éstas fueran emitidas por el MEM sin la injerencia de sus facultades soberanas,²⁵⁸ y que los procesos administrativos de ajuste del Canon Anual seguidos por el MEM fueron “arbitrarios”, lo que configuró las violaciones del Tratado que se reclaman.²⁵⁹
171. Señalan igualmente que, respecto de los procesos de ajuste por fuerza mayor o caso fortuito, no se trató de un ajuste previsto contractualmente, puesto que el procedimiento de ajuste del Canon Anual fue definido por el MEM en el Acuerdo Ministerial 348- 2013, acto soberano emitido por el MEM en ejercicio de las funciones que le confieren las leyes guatemaltecas.²⁶⁰
172. Respecto a los procesos de ajuste por servidumbres, las Demandantes sostienen que las medidas del MEM también se instrumentaron mediante actos administrativos propios del poder soberano estatal, en donde el MEM rechazó toda compensación con base en argumentos completamente fuera del Contrato, desconociendo por completo las reglas procesales pre-establecidas y el derecho de TRECOSA de solicitar los valores máximos autorizados en las Bases de Licitación para la constitución de servidumbres.²⁶¹
173. Por otra parte, en respuesta a la argumentación de Guatemala en el sentido de que, por el solo hecho de que, en el numeral 5.10 de las Bases de Licitación, se establezca que “*cualquier reclamo relacionado con [su] incumplimiento... constituye un reclamo puramente contractual*”, sostienen que la doctrina y jurisprudencia internacional han reconocido que el Tribunal tiene jurisdicción para basar sus decisiones sobre el fondo del asunto en el Contrato, en la medida en que ello sea necesario para resolver sobre la responsabilidad del Estado guatemalteco como resultado de la conducta del MEM respecto de los procesos de ajuste por

²⁵⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 126.

²⁵⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 146.

²⁵⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 147.

²⁵⁹ Contestación a Objeciones, ¶ 128.

²⁶⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 129.

²⁶¹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 135-136.

servidumbres.²⁶² Además, agregan, es común que los reclamos por violaciones de un tratado y los contratos en los que se instrumentó la inversión estén “*closely related*”, por lo que las reclamaciones por violaciones del Tratado relacionadas con la conducta del MEM en los procesos de ajuste por servidumbres pueden perfectamente involucrar cuestiones relacionadas con la ejecución del Contrato, y no por ello se transforman aquellas en reclamos puramente contractuales.²⁶³

174. Respecto a la solicitud de aplicación de la tasa de actualización, las Demandantes sostienen que el derecho y el procedimiento para la aplicación de la tasa de actualización del 7% real anual a los ajustes del Canon Anual por Fuerza Mayor o Caso Fortuito se encuentran previstos en el Acuerdo Ministerial 348-2013, un acto soberano emitido por el MEM en ejercicio de las funciones que le confieren las leyes guatemaltecas.²⁶⁴
175. En su escrito de Dúplica, las Demandantes sostienen que no es correcto, como sugiere la Demandada, que la naturaleza soberana de la actuación del MEM en los procesos sobre Ajuste del Canon Anual dependa de que “*normas de carácter general*” le otorguen la facultad *específica* de pronunciarse sobre los ajustes del Canon. En cambio, de conformidad con el derecho administrativo guatemalteco y comparado, la naturaleza soberana de la conducta del MEM (y la CNEE) se manifiesta, entre otros elementos, a través del ejercicio de facultades otorgadas por toda norma jurídica aplicable del ordenamiento guatemalteco.²⁶⁵
176. En cuanto a los reclamos de las Demandantes respecto de los procesos y resoluciones de Ajuste del Canon Anual, que al decir de Guatemala se reducen a un mero desacuerdo con los “argumentos” del MEM para rechazar dichos ajustes, y a una aplicación o interpretación deficiente del Contrato, las Demandantes rechazan esta interpretación y señalan que, por el contrario, los reclamos de las Demandantes se vinculan con el hecho de que la CNEE y el MEM aplicaron, arbitrariamente, normas y supuestos requisitos regulatorios extra-contractuales para llegar a determinaciones abusivas.²⁶⁶
177. Además, según las Demandantes, de conformidad con el derecho administrativo guatemalteco y comparado, así como la jurisprudencia internacional, se evidencia la naturaleza soberana de la actuación del MEM respecto de las Resoluciones de Ajuste del Canon Anual al ser resoluciones administrativas emitidas por un órgano de la Administración Pública del Poder

²⁶² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 156, haciendo referencia a Réplica sobre Objeciones, ¶ 108; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002 (CL-148).

²⁶³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 157.

²⁶⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 139.

²⁶⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 152, haciendo referencia a Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 105-113.

²⁶⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 161, haciendo referencia a Réplica sobre Objeciones, ¶ 113.

Ejecutivo de la República de Guatemala, en ejercicio de las facultades que las normas jurídicas guatemaltecas le atribuyen como autoridad del Estado.²⁶⁷

178. Igualmente rechazan el alegato de la Demandada en el sentido de que los procesos de ajuste del Canon Anual son “irrelevantes” respecto del daño cristalizado que las Demandantes reclaman en este arbitraje, ya que las solicitudes de ajuste estaban pendientes de resolución ante el MEM y las Demandantes conservaban, en consecuencia, la expectativa legítima de que el Estado otorgaría la compensación correspondiente. Agregan que, en la Primera Solicitud de Arbitraje, las Demandantes reclamaron que “*se condene al Estado a pagar los daños y perjuicios causados a las Demandantes en un monto que será concretado y elaborado en el curso de este proceso*”, y presentaron dos avisos de controversia y dos Solicitudes de Arbitraje bajo el Tratado.²⁶⁸ Esto confirma que la objeción de prescripción de Guatemala depende de las cuestiones que deben ser decididas por el Tribunal en la etapa de fondo, donde las Partes tendrán la oportunidad de presentar de forma detallada y completa los hechos, argumentos legales, así como evidencia documental, testifical y pericial, relacionada con la relevancia de las expectativas legítimas de las Demandantes respecto de los procesos de ajuste del Canon Anual, y la actuación del MEM en violación del Tratado.²⁶⁹
179. En resumen, las Demandantes sostienen que los hechos del caso demuestran que, en cada uno de los procesos administrativos en cuestión, el MEM (y su estructura orgánica) intervino en ejercicio de facultades soberanas al rechazar los ajustes del Canon Anual solicitados por las Demandantes, en violación del Tratado, comprometiendo con ello la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco. Las resoluciones administrativas fueron susceptibles de ser impugnadas mediante recursos administrativos, procesos contenciosos administrativos, e incluso procesos de amparo. Mediante estas resoluciones, el MEM interfirió en la inversión de las Demandantes, imponiendo unilateralmente cambios en la ecuación económica del Proyecto PET, al rechazar la compensación debida bajo argumentos que fueron más allá de sus derechos en virtud del Contrato.²⁷⁰
180. En respuesta a la afirmación de Guatemala en el sentido de que, toda vez que las decisiones del MEM fueran plasmadas en resoluciones sujetas a recurso de reposición, ello tampoco desvirtúa la naturaleza contractual de los actos del MEM,²⁷¹ las Demandantes sostienen que las Medidas del MEM en violación del Tratado revisten una serie de elementos que el derecho administrativo (guatemalteco y comparado) y la jurisprudencia internacional han identificado como característicos de la actuación soberana del Estado.²⁷²

²⁶⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 153.

²⁶⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 62-63.

²⁶⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 64.

²⁷⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 142.

²⁷¹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 110, con referencia a la Réplica sobre Objeciones, ¶ 79.

²⁷² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 111.

181. Las Demandantes sostienen también que han demostrado ampliamente que el Acuerdo Ministerial 348-2013 fue emitido por el MEM en ejercicio de sus funciones como órgano estatal perteneciente a la administración pública, en particular aquellas otorgadas por el Artículo 194(f) de la Constitución Política de Guatemala; los Artículos 22 y 27(m) de la Ley del Organismo Ejecutivo; el Decreto No. 117-97 del Congreso de la República y sus reformas; y el Artículo 4(g) y 6(b) del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas.²⁷³
182. Respecto de la Resolución No. 214-2021, las Demandantes señalan que Guatemala no ha demostrado que ésta haya sido emitida por el MEM sin la injerencia de sus facultades soberanas, y que, contrario a lo manifestado por Guatemala, no existe disposición contractual alguna que le permita al MEM exigir a TRECOSA la renuncia de Obras paralizadas como consecuencia de las acciones de sus propias municipalidades, y mucho menos a cancelar retroactiva y arbitrariamente, en una resolución administrativa, la compensación por los costos y gastos adicionales incurridos por dicha paralización, sino que la medida del MEM fue emitida en una resolución ministerial, y en ejercicio de facultades soberanas.²⁷⁴
183. Por otra parte, señalan que, contrario a lo que afirma Guatemala, en el sentido de que la Cláusula Décima Primera del Contrato otorga el derecho a TRECOSA de presentar una solicitud de prórroga del plazo del Proyecto como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, y otorga al MEM la facultad y obligación de pronunciarse sobre la solicitud de modificación en los términos establecidos en dicha cláusula, las Demandantes señalan que ello no es lo que ocurrió en este caso, y no es lo que invocan las Demandantes como base de su reclamo. A pesar de haber declarado los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito afectando el desarrollo de las Obras para acceder al otorgamiento de la prórroga del plazo del Proyecto y emitir la Resolución No. 214-2021, el MEM exigió a TRECOSA la renuncia de obras paralizadas como consecuencia de su propia omisión en realizar consultas indígenas según lo mandado por la Corte de Constitucionalidad, y por las acciones de las municipalidades, y, al emitir dicha Resolución, aprovechó para cancelar unilateral, retroactiva y arbitrariamente la compensación por los costos y gastos adicionales incurridos por dicha paralización.²⁷⁵
184. En respuesta al alegato de Guatemala, en el sentido de que *“el MEM, en ningún momento, exigió que las Demandantes renunciaran a las obras paralizadas”*, sino que *“fueron ellas las que sugirieron al MEM eliminar ciertas obras del Contrato”*, las Demandantes sostienen que Guatemala *“ignora por completo el grueso de los hechos narrados por las Demandantes en torno a la emisión de la Resolución No. 214-2021, así como la evidencia testimonial presentada”* en este arbitraje, y omite mencionar que fue a solicitud del MEM que TRECOSA

²⁷³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 160.

²⁷⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 143.

²⁷⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 163, haciendo referencia a Réplica sobre Objeciones, ¶ 114.

presentó un memorial el 1 de octubre de 2020 incluyendo alternativas para lograr la viabilización del Proyecto PET, así como una nueva versión del mismo el 8 de octubre de 2020, los cuales reflejaban las alternativas consideradas en sesiones de trabajo realizadas entre TRECSA y el MEM.²⁷⁶ Fue en noviembre de 2020, en el contexto dichas sesiones, que el MEM “exigió” a TRECSA la presentación de una nueva versión de sus propuestas bajo la figura de una “renuncia” a la construcción de las Obras, así como el desistimiento de sus solicitudes anteriores.²⁷⁷

185. En conclusión, las Demandantes sostienen que sus reclamos contra la conducta administrativa del Estado tienen su origen en el Tratado, por lo que el Tribunal tiene jurisdicción para conocerlos. Pero, en todo caso, existe un enorme cúmulo de evidencia que demuestra la calidad de actos soberanos de las medidas que son objeto de esta Objeción Preliminar, y no corresponde al Tribunal internarse en esta evidencia en esta fase jurisdiccional.²⁷⁸

2. El Tribunal puede pronunciarse sobre las violaciones de cláusulas paraguas por medio de la Cláusula de NMF

186. En respuesta a la posición de la Demandada en este punto, las Demandantes manifiestan que “*han demostrado en su Memorial de Demanda y en su Contestación sobre Objeciones Preliminares*” que: (i) el Artículo 12.6 del Tratado prevé que el trato que los Estados Contratantes se obligan a conceder a los inversionistas tiene como única limitante la aplicación de mecanismos de solución de controversias; (ii) uno de los propósitos y efectos de las cláusulas de trato de NMF es otorgar a los inversionistas las protecciones sustantivas previstas en otros tratados; y (iii) un ejemplo claro de protecciones sustantivas previstas en otros tratados que pueden ser incorporadas mediante una cláusula de NMF es el trato concedido mediante las así llamadas “cláusulas paraguas”.²⁷⁹ Además, argumentan que “*la incorporación de obligaciones sustantivas contraídas mediante un tratado es una cuestión no controvertida*”²⁸⁰

187. Sobre el particular, listan las Demandantes una serie de “cláusulas paraguas” de tratados de protección de inversiones en vigor entre Guatemala y otros estados que sostienen tienen derecho a incorporar y a que se les apliquen. Se trata de tratados celebrados con Austria, Finlandia, Suecia, Alemania, Italia, España, Suiza, Corea, Argentina y Países Bajos.²⁸¹

²⁷⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 164, haciendo referencia al Memorial de Demanda, ¶¶ 373-376.

²⁷⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 164.

²⁷⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 146.

²⁷⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 170. *Ver también* Contestación a Objeciones, ¶ 146.

²⁸⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 148, haciendo referencia a *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo, 21 de abril de 2006 (CL-128), ¶ 179.

²⁸¹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 171.

188. Rechazan el argumento de Guatemala en el sentido de que no procede su aplicación, y sostienen que no han invocado incumplimientos de cláusulas del Contrato como reclamos a ser resueltos por el Tribunal, ni siquiera en el contexto de su invocación de cláusulas paraguas, sino que sus reclamos se basan en una serie de medidas administrativas, actos judiciales, y conductas municipales. La impugnación de esas medidas ni siquiera podría llevarse a cabo bajo la cláusula de resolución de disputas del Contrato.²⁸²

189. Las Demandantes expresan las razones por las cuales debe de rechazarse la posición de Guatemala sobre este punto, y aluden a tres argumentos:

- (i) el texto de la reserva de Guatemala relativa a la Cláusula de NMF no impide la invocación por parte de las Demandantes de cláusulas paraguas en otros tratados;
- (ii) el texto de las cláusulas paraguas cuya aplicación al presente caso pretenden las Demandantes es amplio y se extiende a todo tipo de compromisos por parte del Estado y, en cualquier caso, la determinación del alcance y aplicación de las cláusulas paraguas corresponde a la fase de fondo; y
- (iii) el texto de dichas cláusulas paraguas no requiere una remisión a foros distintos a los previstos en el Tratado.²⁸³

190. Respecto del primer punto –específicamente la reserva que alega Guatemala bajo el Artículo 12.12.2 del Tratado, el cual dispone que “[e]l Artículo 12.6 [Trato de NMF] no se aplicará al trato otorgado por una Parte de conformidad con cualquier Tratado o Acuerdo Internacional, o respecto a los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo III”– las Demandantes aclaran que: (a) no piden que Guatemala deje de “adoptar o mantener” cláusulas paraguas en tratados con otros países, sino que, que se les apliquen a ellas dichas cláusulas paraguas, conforme al estándar de NMF; (b) no están cuestionando una “medida” de Guatemala que otorgue un trato diferenciado, sino que están solicitando la aplicación de un estándar otorgado por Guatemala en otros tratados, pero que no en este Tratado; y (c) que no están invocando una medida que otorgue un trato diferente a “otro país”, sino un estándar jurídico otorgado a otros “inversionistas” o a “inversionistas de otro país” en la forma de cláusulas paraguas²⁸⁴

191. Por lo que se refiere al argumento de Guatemala en el sentido de que “*el Tribunal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre violaciones del Capítulo 12 (Inversión), Sección A del Tratado (y no sobre estándares jurídicos contenidos en otros tratados)*”, las Demandantes manifiestan que lo que plantean es una violación de una cláusula paraguas que se incorpora al presente Tratado en virtud de la Cláusula de NMF. La Cláusula de NMF se encarga de comparar el trato otorgado a otros inversionistas con el trato otorgado a las Demandantes, y no distingue en cuanto al tipo de “trato no menos favorable” al que hace referencia, ni contiene

²⁸² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 173.

²⁸³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 178.

²⁸⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 181.

una prohibición expresa respecto de la aplicación de protecciones adicionales provenientes de otros tratados.²⁸⁵

192. Refieren luego al Artículo 12.6.3 del Tratado para identificar un ejemplo de lo que podría ser una exclusión del alcance: “*El Trato de Nación más Favorecida que haya de otorgarse en circunstancias similares no se extiende a los mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión*”, y agregan que esta disposición confirma que sí se puede invocar la aplicación de disposiciones (incluyendo protecciones adicionales no previstas en el Tratado original) provenientes de otros tratados, salvo por mecanismos de solución de controversias. Si fuese cierto que el Artículo 12.6.1 excluye la posibilidad de invocar cualquier protección adicional contenida en otros tratados en el contexto de un reclamo de NMF, entonces el Artículo 12.6.3 sería superfluo, ya que su contenido necesariamente estaría implícito en aquella exclusión.²⁸⁶
193. Por otra parte, las Demandantes señalan que es incorrecto afirmar que el “lenguaje” de la Cláusula de NMF “*restringe la aplicación*” de la misma a “*instancias específicas de trato otorgado por el Estado*”, y que “[n]o se extiende al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas”, ya que nada en este lenguaje limita la referencia al “trato no menos favorable” a lo que Guatemala denomina como “*instancias específicas de trato*”, por oposición a “*otorgamiento abstracto de derechos*”. Esta es una distinción fabricada por Guatemala, a la medida de su Objeción Preliminar. Contrario a lo que sugiere Guatemala, las Demandantes no están invocando el “*otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas*”. Su reclamo se relaciona directamente con la “administración”, “conducción” y “operación” de su inversión, y entra por tanto directamente en el perímetro de las disposiciones del Tratado.²⁸⁷
194. Apoyándose en casos como *Bershchader c. Rusia*,²⁸⁸ *EDF c. Argentina*,²⁸⁹ y otros,²⁹⁰ sostienen que la “jurisprudencia mayoritaria” de inversiones ha confirmado que las cláusulas de NMF pueden ser utilizadas para aplicar protecciones sustantivas de otros tratados.²⁹¹

²⁸⁵ Contestación a Objeciones, ¶¶ 153-155.

²⁸⁶ Contestación a Objeciones, ¶¶ 156-157.

²⁸⁷ Contestación a Objeciones, ¶¶ 159-160.

²⁸⁸ *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Federación Rusia*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo, 21 de abril de 2006 (CL-128), ¶ 179.

²⁸⁹ *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (CL-77), ¶ 933.

²⁹⁰ Citan, entre otros más, a *AOO Tatneft c. Ucrania*, CPA CNUDMI, Laudo sobre el Fondo, 29 de julio de 2014 (CL-73), ¶¶ 358-365; *MTD Equity Sdn. Bhd. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 (CL-1), ¶ 104; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (CL-231), ¶¶ 158, 164; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (CL-165), ¶ 125.

²⁹¹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 161-162.

195. Tampoco es cierto, dicen las Demandantes, que la aplicación de la Cláusula de NMF esté limitada a los estándares ya previstos en el Tratado, ya que la referencia en el Artículo 12.6.1 del Tratado a “circunstancias similares” es un calificativo del “trato” que se debe conceder a los inversionistas, *i.e.*, “*un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte...*”. Añaden que, contrario a lo sugerido por Guatemala, el Tratado no limita este “trato” al “*trato con respecto exclusivamente a los estándares previstos en la Sección A de este Capítulo*”. Indican que, por el contrario, la cláusula requiere, a secas, “*un trato no menos favorable*”, lo cual es lo suficientemente amplio como para abarcar cualquier tipo de trato preferencial que se otorgue a inversionistas bajo otros tratados; y una forma evidente de otorgar un trato *menos favorable* es otorgar a inversionistas de terceros países protecciones que *no se otorgan* en el Tratado. Concluyen que la interpretación de Guatemala le restaría casi todo efecto a la Cláusula de NMF.²⁹²
196. Las Demandantes sostienen además que Guatemala yerra al sostener que, en el caso de que se aplique una cláusula paraguas mediante la cláusula de NMF, “*el tribunal carecería prima facie de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos puramente contractuales*”, pues “*las cláusulas paraguas no elevan automáticamente un reclamo contractual en un reclamo internacional*”. *Primero*, porque Guatemala tergiversa la posición de las Demandantes, quienes invocan cláusulas paraguas con relación a obligaciones nacidas tanto de leyes o reglamentos, como de instrumentos específicos, incluyendo contratos con el Estado, como la propia Guatemala reconoce. Además, dicha aplicación de las cláusulas paraguas está sostenida por amplia jurisprudencia. *Segundo*, con respecto a la aplicación específica de cláusulas paraguas para hallar violaciones de tratados por incumplimientos contractuales, también existe vasta jurisprudencia al respecto, apoyando la postura de las Demandantes.²⁹³
197. Añaden las Demandantes que la reserva está expresamente redactada para que Guatemala pueda “adoptar o mantener” medidas. Puede que esas medidas, por extensión, establezcan un trato diferenciado frente a nacionales de distintos países, pero el derecho establecido bajo la reserva es el de mantener vigentes esas medidas *entre los Estados*, no frente a los inversionistas que demandasen la aplicación de la Cláusula de NMF para acceder a un trato similar.
198. Si los Estados Contratantes hubieran deseado limitar la reserva, según las Demandantes, podrían haberlo hecho, pero no lo hicieron.²⁹⁴
199. En segundo lugar, las Demandantes responden a Guatemala, quien afirma que, en el caso de que se aplique una cláusula paraguas mediante la Cláusula de NMF, “*el Tribunal igual*

²⁹² Contestación a Objeciones, ¶ 168.

²⁹³ Contestación a Objeciones, ¶¶ 171-173.

²⁹⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 184-187.

carecería, prima facie, de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos puramente contractuales”, pues las cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional,²⁹⁵ y rechazan tal postura, pues este es un tema que “debería estudiarse en la fase de fondo del caso, ya que una determinación definitiva acerca del alcance de las cláusulas paraguas incorporadas corresponde con la decisión final que puede requerirse en este arbitraje”.²⁹⁶

200. Aseveran que Guatemala no disputa que las Demandantes invocan la aplicación de cláusulas paraguas a obligaciones del Estado nacidas de múltiples fuentes, y que eso debería ser suficiente para descartar la objeción del Estado.²⁹⁷

201. Además, señalan las Demandantes que “*es incorrecto sostener que las Demandantes deban probar el ejercicio de poderes soberanos para que se puedan aplicar cláusulas paraguas*”, pues precisamente el punto de estas cláusulas es que permiten obviar esta distinción, como lo demuestra el peso mayoritario de la jurisprudencia al respecto.²⁹⁸

202. También combaten las Demandantes la afirmación de Guatemala en el sentido de que las Demandantes hacen referencia a tan sólo cuatro casos que conciernen la aplicación de la cláusula paraguas. Al contrario, las Demandantes sostienen que citan al menos 13 casos hallando una violación de la cláusula paraguas, sin remitir las disputas correspondientes a otros foros, de los que Guatemala sólo intenta distinguir cinco de ellos.²⁹⁹

203. Agregan las Demandantes que la sugerencia de que la disputa debe remitirse primero a la jurisdicción del contrato, y que “*solo en el caso de una falencia de ésta pudiese llegar a oídos*

²⁹⁵ Réplica sobre Objeciones, ¶ 155.

²⁹⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 218-219.

²⁹⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 222.

²⁹⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 224; Contestación a Objeciones, ¶¶ 173.

²⁹⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 240. Cita a los siguientes: *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005 (CL-173), ¶¶ 53-54; *Khan Resources, Inc. c. Gobierno de Mongolia*, Caso CPA No. 2011-09, Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015 (CL-108), ¶ 366; *Eureko B.V. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94), ¶ 258; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, 17 de enero de 2007 (CL-105), ¶ 204; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (CL-152), ¶ 168; *AIIY Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de febrero de 2017 (RL-58), ¶¶ 81-82; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso SCC No. V064/2008, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009 (CL-120), ¶¶ 256, 263-266; *Chevron Corporation (U.S.A.) y Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre Banda II, 30 de agosto de 2018 (CL-243), ¶¶ 8.4-8.8; *Strabag SE c. Libia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/1, Laudo, 29 de junio de 2020 (CL-235), ¶¶ 373, 391, 399, 485, 645, 707, 729, 735, 756, 768, 773, 778, 874; *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Laudo, 9 de marzo de 1998 (CL-244), ¶¶ 29-30; *Enron Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (CL-21), ¶¶ 274, 277 (anulado por otros motivos); *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (CL-77), ¶¶ 938-942; *Nissan Motor Co., Ltd. (Japan) c. República de India*, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019 (CL-157), ¶ 279.

de un tribunal internacional de inversión”, estaría agregando un requisito no escrito de agotamiento de recursos que aplicaría solo a reclamos bajo cláusulas paraguas. Concluyen señalando que no se trata, por tanto, como sostiene Guatemala de “*deroga[r] las cláusulas de elección exclusiva de foro*”, sino de aplicar el Tratado, el cual contiene su propia cláusula de selección de foro.³⁰⁰

204. Finalmente, respecto del artículo del Prof. Zachary Douglas³⁰¹ que Guatemala cita, las Demandantes señalan que el comentario pertenece a la opinión del referido autor respecto de la determinación del alcance de las *cláusulas paraguas* en el derecho internacional de inversiones y el arbitraje de inversión, y no del estándar aplicable a una supuesta objeción preliminar que cuestione la naturaleza del reclamo de los inversionistas.³⁰² Las Demandantes agregan que hicieron un detallado repaso de la jurisprudencia y doctrina internacionales, e incluso del derecho administrativo guatemalteco y comparado, para establecer parámetros objetivos que revelan el *puissance publique* en un acto, y la Demandada no ofreció respuesta o evidencia en contrario.³⁰³ Por otra parte, recuerdan que en su escrito de Contestación a Objeciones evidenciaron que es aceptado en el derecho internacional de inversiones que “*the fact that a breach may give rise to a contract claim does not mean that it cannot also – and separately – give rise to a treaty claim*” por lo que una misma conducta podría ser reclamada en el arbitraje de inversión previsto bajo los tratados internacionales aplicables, o en el foro contractual.³⁰⁴

3. El Tribunal tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la violación al TJE causada por la conducta judicial

205. Las Demandantes objetan la posición de Guatemala en el sentido de que estas no pueden someter a un arbitraje bajo el Tratado reclamos en contra de la conducta de las cortes de Guatemala distintos de una denegación de justicia. En particular, las Demandantes estiman que la objeción de Guatemala se fundamenta en una caracterización errónea del reclamo de las Demandantes, y un desconocimiento de los estándares de protección relevantes establecidos en el Tratado y el derecho internacional.³⁰⁵

206. Rechazan que “*los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos, por lo cual no pueden ser objeto de*

³⁰⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 242.

³⁰¹ Zachary Douglas, *The Umbrella Clause Revisited*, ICSID Review (2023) (RL-56), pág. 6

³⁰² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 117, con referencia a la Réplica sobre Objeciones, ¶ 84.

³⁰³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 117.

³⁰⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 118.

³⁰⁵ Contestación a Objeciones, ¶ 186; Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 259-266.

*pronunciamiento por parte de este Tribunal (ni siquiera a través de la cláusula paraguas)” argumentando que:*³⁰⁶

- las Demandantes no están planteando “reclamos contractuales”;
- aun cuando se considerase que la naturaleza de las medidas que son objeto de este caso sea “contractual”, el reclamo al amparo de una cláusula paraguas no lo es, pues en todo caso se trataría de una violación del Tratado por aplicación de la Cláusula de NMF y la consecuente aplicación de la cláusula paraguas;
- existe una contradicción de Guatemala al argumentar que “5 de los 10 reclamos de las Demandantes bajo la cláusula paraguas constituyen reclamos puramente contractuales”, mientras que las demás medidas incluyen “violaciones de la LGE y su Reglamento”, puesto que, por definición, los reclamos relacionados con violaciones a compromisos contenidos a la LGE y su Reglamento no pueden ser “puramente contractuales”;
- diversos precedentes internacionales han sostenido que no correspondería remitir a la jurisdicción del contrato una disputa por violación de una cláusula paraguas, precisamente por tratarse de una violación del Tratado, sujeta a los mecanismos de resolución de controversias del Tratado;³⁰⁷ y
- la aplicación de un tratado no constituye un abuso de él, por más que la conducta del Estado desemboque en un hallazgo de responsabilidad en contra del mismo.³⁰⁸

207. En su escrito de Dúplica, las Demandantes confirman su rechazo a la posición de la Demandada y detallan las siguientes razones:³⁰⁹

- (a) Guatemala pretende que el Tribunal determine cuestiones académicas, lo cual no corresponde a una fase de Objeciones Preliminares;
- (b) es la Demandada la que caracteriza erróneamente el caso de las Demandantes, por lo que los precedentes citados por Guatemala no apoyan su posición;
- (c) contrario a lo alegado por Guatemala, los precedentes citados por las Demandantes confirman la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre violaciones al Tratado causadas por medidas judiciales; y

³⁰⁶ Contestación a Objeciones, ¶¶ 177-184, haciendo referencia al Escrito de Objeciones, ¶ 67.

³⁰⁷ Las Demandantes citan a *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (CL-152), ¶ 107.

³⁰⁸ Esto, en respuesta a la afirmación de Guatemala en el sentido de que “someter reclamos contractuales a la jurisdicción del Tribunal sería tolerar un fraude al Contrato y un abuso del arbitraje de inversiones” (Escrito de Objeciones, ¶ 72).

³⁰⁹ El Art. 12.4.3 del Tratado establece: “La determinación que se ha infringido otra disposición del presente Capítulo o de otro acuerdo internacional, no implicara que se haya violado el trato justo y equitativo ni la protección y seguridad plenas”.

- (d) en todo caso, la objeción de Guatemala pretende que el Tribunal determine cuestiones de fondo en una fase jurisdiccional.³¹⁰

208. Las Demandantes controvierten la posición de Guatemala en el sentido de que el estándar aplicable a las decisiones judiciales que violan directamente una norma de derecho internacional y el estándar aplicable a las decisiones judiciales que simplemente interpretan y aplican el derecho es distinto. Para las Demandantes, se parte de una premisa errónea: que las medidas judiciales que interpretan y aplican el derecho doméstico no pueden violar directamente una norma de derecho internacional. Añaden que los estándares de protección en los tratados de inversión son exactamente eso, *i.e.*, normas de derecho internacional susceptibles de ser violadas por medidas estatales, incluyendo decisiones judiciales que interpretan y aplican el derecho internacional.³¹¹
209. Sobre el particular, las Demandantes sostienen que *sí han planteado* un reclamo de denegación de justicia con respecto a la única medida judicial del Estado que es objeto de este arbitraje, que es la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013, dictada por la Corte de Constitucionalidad el 19 de diciembre de 2018, por lo que el Tribunal no necesita en esta etapa resolver sobre otros reclamos relativos a dicha conducta judicial.³¹²
210. Añaden que el Tribunal deberá pronunciarse en el laudo sobre el reclamo de denegación de justicia y toda la evidencia que la rodea, por lo que aun si prosperara la objeción de Guatemala, no se estaría acotando el arbitraje en forma alguna.³¹³
211. Argumentan, por otra parte, que no han planteado reclamos en contra del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Civil y el Tribunal Contencioso Administrativo, sino que los actos de estas cortes fueron mencionados en el Apéndice 1 del Memorial de Demanda solo como antecedentes a fines de proporcionar contexto,³¹⁴ y añaden que, en todo caso, la objeción de Guatemala es incorrecta y citan las razones que fundamentan su posición de que las cortes domésticas sí pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.³¹⁵
212. Las Demandantes igualmente insisten en que la posición de la Demandada requiere inevitablemente de un análisis fáctico por parte del Tribunal y una determinación acerca del fondo del asunto, pues, al afirmar que el estándar para establecer jurisdicción sobre los reclamos de las Demandantes contra la Corte de Constitucionalidad sea “*que el inversionista alegue y logre probar la existencia de una denegación de justicia*”, Guatemala implícitamente

³¹⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 250.

³¹¹ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 253-255.

³¹² Contestación a Objeciones, ¶ 189; Dúplica sobre Objeciones, ¶ 251.

³¹³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 252.

³¹⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 190.

³¹⁵ Contestación a Objeciones, ¶¶ 191-211.

admite que pretende forzar una fase de fondo anticipada. No corresponde al Tribunal, añaden, determinar en este momento procesal si se alegó y se logró probar una denegación de justicia, o si los actos de la Corte de Constitucionalidad podrían violar otros estándares del Tratado, sin entrar a un minucioso análisis fáctico y de fondo de los reclamos de las Demandantes.³¹⁶

213. Rechazan las Demandantes los casos y tratadistas que Guatemala cita en apoyo de su postura, y argumentan que no sustentan su caso pues se trata de circunstancias distintas, o la lectura del caso por la Demandada es inapropiada, o simplemente confirman la posición de las Demandantes.³¹⁷

214. Las Demandantes hacen referencia a una afirmación de la Demandada en el sentido de que “[e]l Estado no niega que las cortes domésticas, al igual que los otros órganos del Estado, pueden violar distintas normas de derecho internacional (i.e., los estándares de TJE y expropiación). El punto es que, para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad”. Según las Demandantes, esta afirmación “echa por tierra” la Objeción Preliminar ya que el Tribunal sí tiene ante sí un reclamo por denegación de justicia, y no necesita ahora tomar una determinación acerca de la violación de otros estándares. Esta es, dicen las Demandantes, una cuestión de fondo que no corresponde en una fase de objeciones preliminares.³¹⁸

215. Respecto a las críticas expresadas por Guatemala a los casos citados por las Demandantes en su Escrito de Contestación, las Demandantes confirman que todos dichos casos son relevantes porque “evidencian que numerosos tribunales internacionales han encontrado violaciones a distintos estándares de tratados de inversión por parte de medidas judiciales, sin constituir denegación de justicia”.³¹⁹ Señalan que tales precedentes confirman que los actos de las cortes

³¹⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 208.

³¹⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 263-283, con referencia a *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (CL-53); *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis); *IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala*, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final, 7 de octubre de 2020 (RL-39); *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 (RL-42); *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (RL-41); *Pawlowski AG y Project Sever s.r.o. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo, 1 de noviembre de 2021 (RL-43).

³¹⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 284-285, con referencia a la Réplica sobre Objeciones, ¶ 206.

³¹⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 287-294, haciendo referencia a *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (CL-165); *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis); *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009 (CL-192); *Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017 (CL-138); *Sistem Mühendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República del Kirguistán*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, 9 de septiembre de 2009 (CL-191); *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI

domésticas sí pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado aun sin alegar ni probar una denegación de justicia, particularmente en casos de violación de normas de derecho internacional, como ha ocurrido con las Demandantes. En cualquier caso, agregan, las Demandantes han establecido un fuerte caso de denegación de justicia en este proceso, y cualquier determinación acerca de otros estándares violados corresponde a la fase de fondo.³²⁰

C). Las Demandantes no impugnan conductas prescritas bajo el Tratado

216. En respuesta a las objeciones de Guatemala en el sentido de que diversos reclamos están presuntamente prescritos, las Demandantes sostienen que la Demandada describe erróneamente el reclamo de las Demandantes, y malinterpreta o desconoce los estándares legales aplicables.³²¹
217. Las Demandantes alegan que esta objeción es improcedente, y recuerda que no hay disputa entre las partes sobre los conceptos y fechas del “*dies a quo*” (fecha en que comienza el plazo de prescripción) –que corresponde a la fecha en que el inversionista “*tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación*” “*así como de las pérdidas o daños sufridos*”, y por tanto activa el plazo en que el inversionista debe presentar su reclamación a arbitraje– y el “*dies ad quem*” (fecha en que termina el plazo de prescripción) y que corresponde al último día en que la Secretaría del CIADI puede recibir oportunamente la solicitud de arbitraje respectiva.³²²
218. Agregan, además, que las Demandantes presentaron ante la Secretaría del CIADI la Primera Solicitud de Arbitraje el 9 de octubre de 2020, y la Segunda Solicitud de Arbitraje el 12 de octubre de 2021, y que ambas Solicitudes de Arbitraje han sido acumuladas en el presente procedimiento, por lo que, de conformidad con la regla establecida en el Tratado, la Primera Solicitud de Arbitraje cubre los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento entre el 9 de octubre de 2017 (*dies a quo*) y el 9 de octubre de 2020 (*dies ad quem*), mientras que la Segunda Solicitud de Arbitraje cubre los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento entre el 12 de octubre de 2018 (*dies a quo*) y el 12 de octubre de 2021 (*dies ad quem*). Así de simple, concluyen.³²³

No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012 (CL-189); *Oil Fields of Texas, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, (1986 No. 258-43-1), Iran-US Claims Tribunal Report, Laudo, 8 de octubre de 1986 (CL-190).

³²⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 295.

³²¹ Contestación a Objeciones, ¶ 36.

³²² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 42.

³²³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 43.

219. En este sentido, sostienen que la posición de Guatemala sobre este aspecto,³²⁴ implica la reducción unilateral del periodo de prescripción establecido en el Tratado de tres años a diez (10) días, lo cual es inaceptable bajo el derecho internacional,³²⁵ y afirman que las reclamaciones presentadas por las Demandantes en la Primera Solicitud de Arbitraje en modo alguno se limitaron al periodo comprendido entre el 9 y 19 de octubre de 2017.³²⁶
220. En primer lugar, señalan que es importante tener en cuenta que, al limitar su objeción de prescripción a las conductas listadas en el Anexo A de su escrito, Guatemala implícitamente reconoce la oportunidad temporal del reclamo de las Demandantes respecto del resto de medidas identificadas en el Memorial de Demanda y su Apéndice 1, lo que incluye decenas de medidas municipales por las que Guatemala obstaculizó arbitrariamente el avance del Proyecto PET, medidas judiciales en torno a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013; y medidas administrativas con relación a la imposición arbitraria de nuevos términos y obligaciones, determinación arbitraria de incumplimientos, procesos administrativos arbitrarios sobre el ajuste del Canon Anual, la demora de la CNEE en el pago efectivo del Canon Anual, y la cancelación arbitraria de compensación respecto de Obras excluidas del Proyecto.³²⁷
221. Respecto de 29 de las 36 conductas identificadas por Guatemala en el Anexo A de su Escrito de Objeciones, las Demandantes indican que “*ni siquiera corresponden a Medidas del Estado impugnadas en este arbitraje como violaciones del Tratado, sino que se trata de antecedentes proporcionados a manera de contexto, por lo que no forman parte del reclamo (ni de la compensación reclamada) de las Demandantes*”.³²⁸ También alegan que Guatemala identifica incorrectamente la fecha en que comenzó a computarse el plazo de prescripción para las 7 conductas restantes, por lo que tampoco es correcto que las Demandantes las hubiesen presentado extemporáneamente.³²⁹
222. Guatemala confunde los antecedentes de contexto con las medidas violatorias del Tratado reclamadas en el arbitraje. Nada impide, señalan, que las Demandantes puedan referirse, y el Tribunal Arbitral puede considerar, actos anteriores al plazo de prescripción como antecedentes fácticos y de contexto, sin infringir la regla del Tratado, lo que la jurisprudencia internacional ha sostenido reiteradamente.³³⁰ Para atender a 29 de los 36 actos listados en las

³²⁴ Es decir, que las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018, según lo expresa Guatemala en su Réplica sobre Objeciones, ¶ 30(b).

³²⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 44-45.

³²⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 46.

³²⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 39.

³²⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 40.

³²⁹ Contestación a Objeciones, ¶ 40

³³⁰ Contestación a Objeciones, ¶¶ 41-42, con referencia a, entre otros, *Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017 (CL-138), ¶ 172; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo Final, 11 de octubre de 2002 (CL-8), ¶ 70.

Objeciones Preliminares, las Demandantes han tomado el Apéndice 2 al Escrito de Objeciones, y agregan una columna donde se responde a cada uno de los actos que Guatemala caracteriza erróneamente como “violaciones” del Tratado. Allí, queda demostrado que la utilidad de esos antecedentes en este caso es proporcionar contexto.³³¹

223. Por otra parte, las Demandantes refutan el argumento de Guatemala en el sentido de que las Demandantes “*tuvieron/debieron tener conocimiento de las pérdidas/daños sufridos*”, “[e]n cualquier caso, a más tardar, ‘el 30 de septiembre de 2017’, fecha para la cual, según las Demandantes [en su Primera Solicitud de Arbitraje], el ‘valor estimado [...] en daños y pérdidas’... era de ‘US\$230 millones’”. Las Demandantes sostienen en particular que esta es una interpretación errónea de su caso, ya que los montos reclamados en este arbitraje como compensación monetaria están vinculados a la pérdida del valor de la inversión provocados por actos posteriores al inicio del plazo de prescripción, y no por actos anteriores. Guatemala, dicen, confunde los daños resultantes de los retrasos, y costos y gastos adicionales incurridos a lo largo del Proyecto, con el daño a la inversión reclamado por las Demandantes como consecuencia de las Medidas del Estado que constituyen violaciones del Tratado y que son objeto de este arbitraje.³³² Así, el monto de US\$230 millones que las Demandantes reportaron en su Primera Solicitud de Arbitraje y que Guatemala cita en sus Objeciones, corresponde al monto acumulado de los costos y pérdidas que el Proyecto PET sufrió a septiembre de 2017, como consecuencia de acciones y omisiones de Guatemala que ocasionaron retrasos significativos. Sin embargo, basándose en las garantías otorgadas por Guatemala, las Demandantes presentaron sendas solicitudes de ajuste del Canon Anual para hacer valer sus derechos y solicitar la compensación debida. Al momento de presentar la Primera Solicitud de Arbitraje, estas solicitudes de ajuste seguían pendientes de resolución ante el MEM y las Demandantes conservaban, en consecuencia, la expectativa legítima de que el Estado otorgaría la compensación correspondiente. Por ello, las Demandantes presentaron dos avisos de controversia bajo el Tratado y, finalmente, dos Solicitudes de Arbitraje, a fin de capturar todos los actos violatorios del Tratado y sus correspondientes daños y perjuicios al amparo del Tratado.³³³

224. Por otra parte, las Demandantes sostienen que Guatemala describe erróneamente el reclamo de los restantes actos u omisiones listados en el Anexo A de su Escrito de Objeciones. Estos actos, a diferencia de los mencionados anteriormente, sí han sido reclamados en este arbitraje como Medidas en violación del Tratado, pero “*Guatemala tergiversa los hechos narrados en*

³³¹ Contestación a Objeciones, ¶ 44.

³³² Contestación a Objeciones, ¶¶ 45-47.

³³³ Contestación a Objeciones, ¶¶ 48-49. Las Demandantes hacen referencia a que en el Memorial de Demanda manifestaron que (i) el 19 de noviembre de 2021, el MEM notificó el rechazo de los ajustes por eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito solicitados por TRECISA (i.e. más de 13 meses después de la Primera Solicitud de Arbitraje); y (ii) el 26 de junio de 2022, el MEM notificó el último rechazo de los ajustes por mayores valores invertidos en la constitución de servidumbres (i.e. más de 20 meses después de la Primera Solicitud de Arbitraje), agregando que Guatemala no disputa estos hechos (Contestación a Objeciones, ¶ 50).

el Memorial de Demanda en el contexto de dichas Medidas, para alegar incorrectamente que están fuera del plazo de prescripción”.³³⁴

225. En primer lugar, según las Demandantes, Guatemala hace referencia a la omisión del MEM de realizar y completar las consultas a pueblos indígenas en San Andrés Xecul y Santa Catarina Ixtahuacán – dos Medidas del Estado impugnadas por las Demandantes en este arbitraje, y afirma que la “[f]echa en que ocurrió la alegada violación” eran, respectivamente, el 15 de febrero y el 21 de junio de 2017, para después afirmar que, por tanto, las Demandantes “tuvieron/debieron tener conocimiento” de la “alegada violación” y “de las pérdidas/daños sufridos” por la omisión del MEM, “[a] más tardar” en esas mismas fechas, “cuando el MEM incumplió su obligación de realizar la consulta indígena en el plazo ordenado en la Sentencia No. 5711-2013” y “en la Sentencia No. 1798-2015”.³³⁵ Para sustentar su dicho, señalan que Guatemala cita únicamente el párrafo 363 del Memorial de Demanda. Sin embargo, las Demandantes aclaran que, contrario a lo que afirma Guatemala, en las Sentencias Nos. 5711-2013 y 1798-2015, la Corte de Constitucionalidad no “ordenó un plazo” de 15 días para que el MEM “realizara” las consultas a pueblos indígenas en Santa Catarina Ixtahuacán y San Andrés Xecul. Por tanto, es incorrecto que el MEM hubiese “incumplido su obligación de realizar” las consultas a pueblos indígenas a más tardar en las fechas antes indicadas, por lo que es imposible que, en esas fechas, las Demandantes tuvieran conocimiento o debieran haber tenido conocimiento de la presunta violación del Tratado, así como de las pérdidas o daños sufridos.³³⁶

226. Además, las Demandantes señalan que Guatemala omitió, tanto en su escrito de Objeciones Preliminares como en el Anexo A del mismo, una serie de hechos narrados en el Memorial de Demanda que confirman la improcedencia de su objeción respecto de la omisión del MEM de realizar y completar las consultas a pueblos indígenas. En particular, agregan, Guatemala pasa por alto la evidencia de que, en junio de 2018, el MEM (i) continuaba asegurando a TRECSA que realizaría las consultas indígenas en Santa Catarina Ixtahuacán y San Andrés Xecul; y (ii) continuaba tramitando recursos ante las cortes guatemaltecas respecto de la orden de realizar las consultas a pueblos indígenas en dichas localidades. Fue recién en julio de 2020 que el MEM informó a TRECSA que no realizaría las consultas indígenas en las dos localidades mencionadas, por lo que TRECSA se vio forzada a aceptar “*la exclusión de estas localidades del alcance del Proyecto y, en consecuencia, aceptar una reducción en el valor del Canon Anual y del futuro Peaje por cobrar en detrimento de sus derechos*”, cristalizándose entonces las violaciones del Tratado.³³⁷

³³⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 52.

³³⁵ Contestación a Objeciones, ¶ 53, con referencia al Anexo A de las Objeciones Preliminares, págs. 3-4, 10.

³³⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 54.

³³⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 56, con referencia al Memorial de Demanda, ¶ 370.

227. Agregan que Guatemala también omite mencionar que fue en diciembre de 2017 y diciembre de 2021 cuando el MEM completó las consultas a pueblos indígenas respecto del Proyecto Oxec I y II, y el Proyecto Minero Fénix, respectivamente, lo cual configuró el trato diferenciado e injustificado respecto del Proyecto PET, en violación de los estándares de Nación Más Favorecida y Trato Nacional al amparo del Tratado.³³⁸
228. En todo caso, aclaran las Demandantes, la evaluación de estos aspectos fácticos corresponde a la fase de méritos de este arbitraje, y no calzan en el análisis limitado que corresponde a las Objeciones Preliminares.³³⁹
229. En *segundo lugar*, y haciendo referencia al “rechazo arbitrario” de la PNC de brindar protección policial ante actos violentos en contra de TRECSA y su personal (ocurrido el 6 diciembre de 2017 en la Municipalidad de San Raymundo), las Demandantes argumentan que Guatemala “tuerce” la fecha crítica de dicha medida, ya que *solo* para esta medida concreta del Estado, Guatemala cuenta los tres años del plazo de prescripción utilizando como fecha de finalización de dicho plazo (el *dies ad quem*) la fecha de presentación de la Segunda Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, *i.e.*, el 12 de octubre de 2021 – en vez de la fecha de presentación de la Primera Solicitud de Arbitraje de las Demandantes. De este modo, Guatemala pretende que el inicio del plazo de prescripción (el *dies a quo*) para esta medida del Estado fue el 12 de octubre de 2018 y que, por tanto, la falta de protección policial de diciembre de 2017 supuestamente quedaría fuera del plazo de prescripción.³⁴⁰ Según las Demandantes, la Demandada omite mencionar que, en diciembre de 2018 y diciembre de 2019, la PNC nuevamente rechazó arbitrariamente brindar apoyo y protección a TRECSA ante nuevos hechos violentos respecto de los cuales se vio obligada a solicitar una medida de seguridad ante el Ministerio Público, “*con el objeto de que la Policía Nacional Civil prestara el auxilio inmediato a los empleados y contratistas de TRECSA que estaban siendo objeto de coacción, amenazas y detención ilegal*”. A pesar de recibir dicha medida de seguridad por parte del Ministerio Público, la PNC “*no prestó el auxilio solicitado*”.³⁴¹
230. Ante estas circunstancias, las Demandantes manifiestan que TRECSA programó para el 4 de enero de 2019 el ingreso por vía aérea de los materiales necesarios para la construcción de las Obras del Proyecto que se encontraban en dicha localidad. En anticipación de potenciales incidentes, TRECSA solicitó al Ministerio Público la emisión de otra medida de seguridad, la cual fue emitida por el Ministerio Público el 4 de enero de 2019. A pesar de nuevas solicitudes a la PNC para que brindara auxilio en las instalaciones del Proyecto ante las “*detenciones ilegales y amenazas*” de las que había sido víctima la compañía, las Demandantes señalan que la PNC nuevamente se rehusó a brindar el auxilio solicitado por TRECSA (y el propio

³³⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 57, con referencia al Memorial de Demanda, ¶¶ 369, 409, 489.

³³⁹ Contestación a Objeciones, ¶ 56.

³⁴⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 58.

³⁴¹ Contestación a Objeciones, ¶ 60.

Ministerio Público). El 15 de enero de 2019 TRECSA solicitó nuevamente que se promoviera las acciones correspondientes para garantizar las condiciones de seguridad y protección que viabilizaran la ejecución del Proyecto, a lo que no se obtuvo respuesta alguna. Añade que todas estas conductas están indiscutiblemente dentro del plazo de prescripción.³⁴²

231. En *tercer lugar*, las Demandantes sostienen que las medidas violatorias del Tratado en cuanto a las Municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá, y Cantel, se cristalizaron en meses posteriores a los indicados por la Demandada, luego de que Guatemala hiciera nugatorios los esfuerzos de las Demandantes para encontrar soluciones que viabilizaran el avance y terminación de las Obras de Transmisión en dichas localidades, como está reflejado en el expediente.³⁴³ Agrega que cada Municipalidad involucrada en la obstaculización arbitraria del Proyecto PET tiene su propio expediente detallando una miríada de hechos relevantes, haciéndolas, en términos prácticos, mini-disputas en sí mismas, lo que confirmaría la pertinencia de un análisis detallado y completo en la fase de fondo del arbitraje.
232. Las Demandantes también rechazan el que hayan, como lo alega Guatemala, pretendido reformular sus reclamos en forma artificial,³⁴⁴ e insisten que su posición ha permanecido consistente en el Memorial de Demanda y la Contestación a Objeciones.³⁴⁵ Aclaran que no han presentado en este arbitraje antecedentes fácticos como reclamos por violaciones del Tratado, por lo que tampoco es posible calificarlos como reclamos “renunciados”. Independiente de ello, aseveran que cualquier tipo de renuncia de un reclamo al amparo del Tratado requeriría una declaración explícita e inequívoca de las Demandantes en ese sentido, lo cual no ha ocurrido.³⁴⁶
233. Las Objeción Preliminar de prescripción de Guatemala sólo confirma, al decir de las Demandantes, que se trata de una defensa de fondo, ya que la Demandada pide que el Tribunal emita una decisión final sobre los daños del caso *antes* de (i) que las Partes hubiesen tenido plena oportunidad de presentar sus argumentos y evidencia respecto de dicha responsabilidad y (ii) de decidir sobre la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco respecto de cada uno de los reclamos planteados por las Demandantes en este arbitraje. Agregan que la solicitud de Guatemala al Tribunal es que, en el contexto de una objeción preliminar de prescripción, prejuzgue sobre los daños de las Demandantes, lo cual “*es manifiestamente improcedente*”, puesto que en esta etapa no se puede hablar de una prescripción de un monto de *daños*, sino solo, y potencialmente, de *medidas o conductas*.³⁴⁷

³⁴² Contestación a Objeciones, ¶ 61.

³⁴³ Contestación a Objeciones, ¶ 62.

³⁴⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 52, haciendo referencia a Réplica sobre Objeciones, ¶ 35.

³⁴⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 53.

³⁴⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 51, 56.

³⁴⁷ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 58-59.

234. En conclusión, las Demandantes rechazan la supuesta prescripción de los reclamos relacionados con (i) la omisión del MEM de realizar y completar las consultas a los pueblos indígenas en San Andrés Xecul y Santa Catarina Ixtahuacán (ii) el rechazo arbitrario de la PNC de brindar protección policial ante actos violentos en contra de TRECSA y su personal; y (iii) las medidas de las Municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá y Cantel, y presentan prueba en apoyo de que no han presentado reclamos fuera del plazo establecido en el Tratado.³⁴⁸

D). Elección de Vía. Las Demandantes no han planteado acciones bajo el Tratado ante cortes locales

235. Las Demandantes rechazan igualmente la posición expresada por Guatemala, quien considera que el Tribunal “*carece de jurisdicción sobre los reclamos que las Demandantes ya eligieron someter a los tribunales competentes de Guatemala*”, bajo el argumento de que “*si el inversionista inicia un procedimiento ante una corte competente del Estado receptor de la inversión, dicha elección es definitiva y, por ende, no puede someter la misma controversia a cualquiera de los procedimientos arbitrales previstos en el Artículo 12.18.5 del Tratado*”.³⁴⁹

236. Las Demandantes inician su argumento con apoyo de los Artículos 31 y 32 de la CVDT, notando que el primero establece que “[u]n 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 señalan que la interpretación aislada del Artículo 12.22.2 del Tratado³⁵⁰ propuesta por Guatemala no tiene cabida bajo derecho internacional, por las siguientes razones:

- a) El Artículo 12.22.2 del Tratado se refiere a procedimientos iniciados “*ante un tribunal competente*” relativos a violaciones de los estándares de protección previstos en la Sección A del Tratado y no, como lo sugiere Guatemala, a *cualquier* tema de derecho doméstico o *cualquier* tema relacionado con la inversión, y refieren a que el Capítulo 12 del Tratado se divide en dos secciones: “Sección A - Inversión” y “Sección B - Solución de Controversias Inversionista-Estado”.

En tanto que la Sección A contiene los estándares de protección otorgados a los inversionistas y a las inversiones de las Partes del Tratado, la Sección B prevé los mecanismos a los que pueden acceder los inversionistas para proteger sus

³⁴⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 65-77.

³⁴⁹ Escrito de Objeciones, ¶ 79.

³⁵⁰ Contestación a Objeciones, ¶¶ 214, 244. El Artículo 12.22.2 del Tratado establece “*Una vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18(5), la elección de uno u otro procedimiento será definitivo*”.

inversiones, en caso de que algún Estado Parte viole algún estándar de protección previsto en la Sección A.³⁵¹

Así, el Artículo 12.22.2 ofrece dos opciones al inversionista: (i) iniciar un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión; o (ii) notificar a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18(5). El artículo agrega que, una vez que el inversionista haya optado por una de estas dos opciones, entonces “*la elección de uno u otro procedimiento será definitiv[a]*”. Por ello, agregan las Demandantes, el Artículo 12.18.5 (citado en el Artículo 12.22.2 con relación a los procedimientos arbitrales) solo se refiere a controversias relativas a violaciones de la Sección A del Tratado, y la opción que tiene el inversionista necesariamente involucra someter reclamos de violación de la Sección A, ya sea ante tribunales locales, o ante arbitraje internacional. Agregan que el inversionista no tendría la “elección” del arbitraje internacional para plantear reclamos que no involucrasen violaciones de estándares contenidos en la Sección A mencionada.³⁵²

- b) El Artículo 12.18.7 del Tratado incluye un requisito de acompañar con la solicitud de arbitraje “*la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este artículo*” y “*las renunciaciones por escrito de la demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este artículo... de cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo... cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo*” [Énfasis de las Demandantes].

Distinguen los dos conceptos. En tanto que el Artículo 12.18.7 –referente a la renuncia de procesos locales– abarca “*cualquier actuación respecto de cualquier medida*”, el Artículo 12.22.2 –referente al *fork in the road*– hace referencia a los procedimientos de resolución de controversias por violación del Tratado. Concluyen las Demandantes señalando que, si ambos artículos hicieran referencia a los mismos tipos de procesos: (i) no usarían textos distintos; y (ii) la cláusula de renuncia se volvería superflua.³⁵³

- c) Agregan las Demandantes que la interpretación de Guatemala va en contra del Preámbulo del Tratado, el cual indica que uno de sus propósitos es “*ESTABLECER reglas claras y de beneficio mutuo... para la promoción y protección de las inversiones en sus territorios*”, lo que implicaría que, lejos de proteger inversiones, el Tratado estaría excluyéndolas de plano de esa protección, pues básicamente implicaría que bastaría con iniciar un proceso local sobre *cualquier* tema de derecho

³⁵¹ Contestación a Objeciones, ¶ 215.

³⁵² Contestación a Objeciones, ¶ 217.

³⁵³ Contestación a Objeciones, ¶¶ 218-220; Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 298-300.

doméstico o *cualquier* tema relacionado con la inversión para perder el beneficio de las protecciones otorgada por el Tratado.³⁵⁴

- d). El sentido común de la cláusula de elección de vía es el impedir que se planteen reclamos *al amparo del Tratado* ante cortes locales como en arbitraje internacional, y cita a tratadistas en apoyo.³⁵⁵

237. En todo caso, sostienen las Demandantes, aun en el supuesto de que la interpretación de Guatemala fuera correcta (que no lo es, agregan), para que una elección de foro en este tipo de cláusulas sea definitiva, se tiene que cumplir con el *test* de triple identidad.³⁵⁶ Aunque Guatemala indica que este *test* “*no es relevante*” sino que lo relevante es que los reclamos “*comparten la misma base fundamental*”³⁵⁷ según las Demandantes, la abrumadora mayoría de jurisprudencia indica que el *test* de triple identidad debe aplicarse con respecto a este tipo de cláusulas. Este *test* de triple identidad tiene tres elementos que se le reconocen: (i) identidad de partes; (ii) identidad de objeto de la disputa; y (iii) identidad de causa de acción, todos los cuáles deben ser probados por la parte que plantea la objeción, y el incumplimiento de alguno de estos elementos es suficiente para rechazar la objeción jurisdiccional.³⁵⁸ Cita a diversos casos en apoyo a su afirmación.³⁵⁹

238. Sobre este punto, las Demandantes notan el cuestionamiento de Guatemala de que “*el test de la triple identidad privaría a la Cláusula de Elección Definitiva de todo ‘effet utile’*”, ya que cualquier procedimiento ante las cortes guatemaltecas “*would involve different parties*” de las de este arbitraje, y que la aplicación del *test* permitiría que, por su estructura societaria, las Demandantes “*escapen abusivamente a la aplicación de la Cláusula de Elección Definitiva*”.³⁶⁰ En respuesta, las Demandantes responden que ello sucedería sólo bajo la

³⁵⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 222.

³⁵⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 315-316, citando a Christoph Schreuer, *Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 J. World Inv. & Trade (2004) (CL-256), págs. 247-248; R. Dolzer, “Settling Investment Disputes”, *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022 (RL-60), pág. 385.

³⁵⁶ Contestación a Objeciones, ¶ 223.

³⁵⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 81.

³⁵⁸ Contestación a Objeciones, ¶¶ 223-225; Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 325-326.

³⁵⁹ Entre los casos citados se encuentran *FREIF Eurowind Holdings Ltd c. Reino de España*, Caso SCC No. 2017/060, Laudo Final, 8 de marzo de 2021 (CL-194); *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia et al.*, Caso CPA 2011-09, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 (CL-200); *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 10 de abril de 2013 (CL-199); *Charanne y Construction Investments c. Reino de España*, Caso SCC No. V 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016 (CL-198); *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República Libanesa*, Caso CIADI No ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2009 (RL-17); *Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. c. República Federal de Nigeria*, Laudo Final, 26 de marzo de 2021 (CL- 196); *Addiko Bank AG c. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB/17/35, Laudo, 24 de noviembre de 2021 (CL-195).

³⁶⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 349, con referencia a Réplica sobre Objeciones, ¶ 242.

interpretación de Guatemala, y refieren al Tribunal al caso *Nissan c. India*,³⁶¹ cuyo tribunal resolvió que los Estados contratantes a un tratado tienen a la mano las herramientas para adoptar el texto que deseen conforme a sus políticas (entre las que dicho tribunal señala la inclusión de circunstancias específicas en su texto, los acuerdos para modificar al tratado, y la interpretación conjunta con efectos prospectivos), pero no corresponde a un Estado forzar al tratado para imponerlo.³⁶²

239. Rechazan la argumentación de Guatemala, quien sostiene con apoyo de la decisión en *Philip Morris c. Uruguay*— que, en la aplicación del *test* relevante a la cláusula de elección de vía, el término “controversias” debe entenderse “*de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos*”,³⁶³ y apuntan a las diferencias entre dicho caso y la presente disputa, tanto en las disposiciones del tratado como en las circunstancias del caso.³⁶⁴

240. Las Demandantes sostienen que las acciones locales relativas a las dos Medidas del Estado relativas a esta Objeción Preliminar—(i) la suspensión arbitraria de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas; y (ii) el rechazo arbitrario de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala—fácilmente superan, tanto el *test* de la triple identidad, como el *test* de la base fundamental, por lo que no se habría activado la cláusula de elección de vía del Tratado.³⁶⁵

241. En su escrito de Dúplica, las Demandantes sostienen que la única forma correcta de interpretar la cláusula de elección de vía según su texto, contexto y propósito es en el sentido de que se refiere a reclamos por incumplimientos del Tratado: (a) el texto y contexto de la cláusula de elección de vía confirman que ella se activa solo cuando un inversionista inicia un procedimiento relativo a violaciones de los estándares de protección previstos en el Tratado; (b) el *test* aplicable a la cláusula de elección de vía es el de triple identidad, y no el de la base fundamental; y (c) en todo caso, bajo cualquiera de los *tests*, la cláusula de elección de vía no es aplicable a los procesos locales iniciados por TRECSA con relación a las medidas en cuestión de las Municipalidades de Antigua Guatemala y Santa Lucía Milpas Altas.³⁶⁶

³⁶¹ *Nissan Motor Co., Ltd. (Japan) c. República de India*, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019 (CL-157) ¶¶ 216-217.

³⁶² Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 350-351.

³⁶³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 247, citando a *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (RL-48), ¶ 113.

³⁶⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 355-358.

³⁶⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 354, 359.

³⁶⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 301.

E). La legislación guatemalteca no exige el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acciones bajo el Tratado

242. Las Demandantes rechazan esta objeción de Guatemala, quien sostiene que las Demandantes “han presentado en este arbitraje reclamos en contra de actos administrativos para los cuales no agotaron la vía administrativa, a pesar de que la legislación guatemalteca así lo requiere”,³⁶⁷ y sostienen que tal postura se basa en una lectura incompleta del Tratado, una “manipulación” de la legislación guatemalteca, y un “desconocimiento” de principios de derecho internacional.³⁶⁸
243. En este sentido, señalan que Guatemala pretende condicionar el acceso al arbitraje internacional bajo el Tratado a los requisitos sobre agotamiento de recursos previstos en la legislación guatemalteca para acudir al proceso contencioso administrativo local, pero sostienen que el sentido corriente del Artículo 12.18 del Tratado³⁶⁹ conforme a una correcta interpretación bajo los Artículos 31 y 32 de la CVDT, debe arrojar que ello será necesario solo “cuando la legislación de la Parte así lo exija”. En particular, existen tres requisitos que impone el Tratado: (i) que se trate de reclamaciones que involucran actos administrativos; (ii) que la legislación de la Parte así lo exija; y (iii) que no excedan el plazo de seis meses desde la fecha de su iniciación. Agregan las Demandantes que Guatemala no ha establecido en su legislación interna este requerimiento, ni citan disposición alguna al respecto.³⁷⁰
244. Además, sostienen que Guatemala confunde (i) los requisitos sobre agotamiento de recursos establecidos en la legislación guatemalteca para condicionar el acceso, bajo dicha legislación, a procesos contenciosos-administrativos locales; y (ii) supuestos requisitos sobre agotamiento de recursos que condicionarían el sometimiento de una controversia al arbitraje internacional bajo el Tratado. Pero las Demandantes no se encontraban obligadas a agotar la vía administrativa respecto de sus reclamos ante el foro internacional contra las conductas administrativas del Estado.³⁷¹
245. En su escrito de Dúplica, las Demandantes añaden que, contrario a lo que indica la Demandada, “una simple lectura” del Artículo 12.18.1 del Tratado muestra, inequívocamente, que su “*plain language*” no incluye la palabra “independientemente”. Un análisis del sentido corriente no puede partir de lenguaje que *no* está en la cláusula bajo interpretación. Los

³⁶⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 100.

³⁶⁸ Contestación a Objeciones, ¶¶ 240-241.

³⁶⁹ El Artículo 18.12.1 del Tratado (Sometimiento de una Reclamación) establece: “*Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija. Dicho agotamiento en ningún caso podrá exceder un plazo de seis (6) meses desde la fecha de su iniciación por el inversionista y no deberá impedir que el inversionista solicite las consultas referidas en el párrafo 3 del presente Artículo*”. [Énfasis de las Demandantes].

³⁷⁰ Contestación a Objeciones, ¶¶ 242-252.

³⁷¹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 253-255.

términos del Artículo 12.18.1, en su sentido corriente, muestran en primer lugar que los Estados Contratantes establecieron el requisito de agotamiento de la vía gubernativa o administrativa “*para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo*”. Contrario a lo que alega la Demandada, el vocablo “o” es una conjunción disyuntiva que “[d]enota diferencia, separación o alternativa entre dos o más... cosas”, por lo que el sentido corriente del Artículo 12.18.1 efectivamente contempla dos escenarios separados y alternativos, para los cuales los Estados Contratantes sujetaron la exigibilidad del requisito de agotamiento a tres condiciones específicas: (i) que se trate de actos administrativos; (ii) “*cuando la legislación de la Parte así lo exija*”; y (iii) que no excedan el plazo de seis meses desde la fecha de su iniciación.³⁷²

246. Sobre el particular, diseccionan la segunda condición, “*cuando la legislación de la Parte así lo exija*”, y observan que esta tiene a su vez tres componentes que condicionan el requisito de agotamiento de la vía administrativa o gubernativa para el sometimiento de una reclamación al foro interno o al arbitraje bajo el Tratado: (i) “cuando” que implica una condición; (ii) la legislación de Guatemala; (iii) implique la exigencia del agotamiento de la vía administrativa gubernativa.³⁷³

247. Las Demandantes reconocen que la frase “*cuando la legislación de la Parte así lo exija*” tiene sentido y efecto útil en el contexto del Artículo 12.18.1 del Tratado, ya que dicha disposición cubre tanto acciones ante el “foro interno” como arbitrajes ante el foro internacional. Es por ello, agregan, que los Estados Contratantes previeron la posibilidad de que la legislación local pudiese exigir el agotamiento de recursos administrativos para ambos escenarios, acciones locales e internacionales. Aunque reconocen que la legislación guatemalteca efectivamente exige el agotamiento de los recursos administrativos de revocatoria o reposición, según corresponda, añaden que las Demandantes no sometieron su reclamo contra la conducta administrativa del Estado bajo el Tratado al foro interno guatemalteco, sino al presente arbitraje internacional, por lo que claramente no aplica la pretensión de la Demandada.³⁷⁴

248. En todo caso, alegan que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han sostenido reiteradamente que el requisito de agotamiento de recursos internos admite una serie de excepciones, incluyendo la indisponibilidad de los recursos en foro interno, su futilidad e ineffectividad, entre otras. Los tribunales internacionales han admitido reclamos bajo tratados que contienen cláusulas de agotamiento de recursos, por darse alguna de las excepciones a dicho requisito,³⁷⁵ y agregan que, en este caso, los hechos demuestran que cualquier intento

³⁷² Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 375-376.

³⁷³ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 377.

³⁷⁴ Contestación a Objeciones, ¶¶ 256-261.

³⁷⁵ En este sentido, citan a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶ 578; *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012 (CL-211), ¶ 164.

de acudir a la sede administrativa guatemalteca para resolver la presente controversia habría sido fútil.³⁷⁶

249. Las Demandantes señalan, por último, que quizás la evidencia más contundente de la futilidad de la vía gubernativa guatemalteca son las infructuosas consultas que la Demandante buscó entablar con el Estado a fin de resolver la presente controversia, y que desde el inicio del proceso de consultas y la fecha de presentación del escrito de Contestación a Objeciones transcurrieron casi cuatro años, durante los cuales las Demandantes continuaron sus esfuerzos por llegar a acuerdos, habiendo incluso aceptado la suspensión del arbitraje en dos ocasiones para promover y facilitar el diálogo.³⁷⁷
250. Rechazan las Demandantes el señalamiento de la Demandada en el sentido de que la excepción de futilidad planteada por las Demandantes haya sido “*una excusa ex post-facto... para justificar el incumplimiento de los requisitos del Tratado*”, pues “*incluso después de iniciado este arbitraje, éstas han presentado ante el MEM recursos de reposición*”, que, de haberse considerado fútiles, no se hubieran presentado. En particular, las Demandantes sostienen que el motivo de interposición de los recursos de reposición en contra de las Resoluciones No. 920-2020, 925-2020 y 928-2020 que menciona Guatemala –mediante las cuales el MEM rechazó arbitrariamente el ajuste del Canon Anual por los mayores valores invertidos en la constitución de las servidumbres del Proyecto PET– fue que el MEM rechazó el 100% de los montos reclamados por TRECSA, a diferencia, por ejemplo, de las Resoluciones del MEM sobre el Ajuste por Fuerza Mayor o las resoluciones de los Concejos Municipales atadas a la anterior. Las Demandantes explican que, en esos casos, las Demandantes necesitaban la aplicación del ajuste otorgado, por más mínimo que fuera, para mantener el Proyecto PET a flote y mitigar sus daños.³⁷⁸
251. Las Demandantes rechazan la caracterización que hace Guatemala de su postura y niegan que “*admit[a]n*” que la legislación guatemalteca exija el agotamiento de recursos administrativos como pre-requisito para acudir al arbitraje internacional bajo el Tratado, y que su defensa “*depend[a] de probar*” que dicho agotamiento solo es exigible si la legislación guatemalteca así lo exija, porque esto es lo que el Tratado establece explícitamente.³⁷⁹

³⁷⁶ Contestación a Objeciones, ¶¶ 262-267; Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 400-402. Las Demandantes hacen un recuento del tiempo que ha tardado el MEM en resolver cuatro recursos de reposición contra actos administrativos impugnados por las Demandantes en este arbitraje, el cual alcanzaba a 15.2 meses a la fecha de presentación de su escrito de Contestación a Objeciones Preliminares (Contestación a Objeciones, ¶¶ 268-269).

³⁷⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 270.

³⁷⁸ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 403.

³⁷⁹ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 366.

C. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A). Respetto de la Alegada Obligación a Cargo del Tribunal de Decidir sobre las Objeciones Preliminares antes de que se Pronuncie sobre el Fondo

252. Guatemala sostiene que el Tribunal debe resolver las Objeciones Preliminares en una primera etapa, antes de entrar al análisis y decidir sobre el fondo del caso, y señala que este deber del Tribunal surge de la negociación y los acuerdos adoptados por los Estados Contratantes del Tratado, quienes buscaron detallar de manera precisa las condiciones bajo las cuales estarían dispuestos a someter una controversia a un arbitraje, estableciendo, entre otras reglas, estrictos límites al consentimiento.³⁸⁰ Entre otros, los Estados Contratantes pretendieron evitar una dilación y unos costos innecesarios debatiendo cuestiones que no pueden someterse a un arbitraje de inversiones.³⁸¹ Según manifestó el representante de Guatemala durante la Audiencia sobre las Objeciones Preliminares, “*los Estados contratantes quieren realmente ahorrarse costos y tiempos, y por eso nos imponen a todos nosotros esta bifurcación obligatoria, y a esa bifurcación se le deben dar todos sus efectos*”.³⁸² También agregó que “[n]o existe la alternativa de dejar la decisión sobre estas objeciones para más tarde ... para ... un Laudo sobre el fondo”.³⁸³
253. Por su parte, las Demandantes sostienen que esta fase bifurcada de jurisdicción que la Demandada ha gestionado es “*superflua e innecesaria*” y que únicamente ha provocado dilatar y encarecer el arbitraje.³⁸⁴ Argumentan que las Demandantes sólo deben demostrar que los hechos que alegan, *si fueran ciertos*, podrían violar las disposiciones del Tratado, sin necesidad de probar los hechos ni que, de probarse dichos hechos, estos violarían el Tratado.³⁸⁵ En numerosas instancias en su Contestación y Dúplica señalan que, para decidir las Objeciones Preliminares, el Tribunal debe entrar a analizar el fondo del caso, por lo cual no resulta factible que el Tribunal adopte una decisión sobre las Objeciones Preliminares sino hasta en tanto pueda conocerse el reclamo de las Demandantes.
254. El Tribunal llevará a cabo su interpretación de las disposiciones relevantes del Tratado conforme al Artículo 31 de la CVDT que exige que un tratado se interprete conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin.
255. El Tribunal ha tomado nota que, en efecto, los Estados Contratantes incorporaron lenguaje en el Tratado que procura buscar eficiencias en cuanto a los tiempo y costos de un procedimiento. Así, el texto del Tratado no solo permite al Tribunal, sino que le impone,

³⁸⁰ Escrito de Objeciones, ¶¶ 3-13.

³⁸¹ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 20:4-18 (Silva Romero).

³⁸² Transcripción Audiencia Jurisdicción, 235:5-9 (Silva Romero)

³⁸³ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 21:4-7 (Silva Romero).

³⁸⁴ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 17-18.

³⁸⁵ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 10.

una obligación de decidir sobre cualquier objeción preliminar que un Estado –demandado en un arbitraje iniciado por un inversionista– presente al inicio del procedimiento.

256. El Artículo 12.23.5 del Tratado indica en concreto lo siguiente:

*El Tribunal **deberá decidir** antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad. Asimismo, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar sobre cualquier objeción del demandado en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 12.29. [Énfasis añadido]*

...

257. Por otra parte, el inciso (b) de dicho Artículo prevé la suspensión del procedimiento sobre el fondo por el tribunal “[e]n el momento” en que se reciba una objeción preliminar:

(b) En el momento en que se reciba una objeción conforme a este párrafo, el Tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción que será compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para la consideración de cualquier otra cuestión preliminar y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos.

258. Esta disposición confirma la necesidad de que el Tribunal considere cualquier objeción preliminar antes de pasar a abordar el fondo. Asimismo, de manera consistente con los precedentes en materia de inversión, el inciso (c) de dicho Artículo establece que el Tribunal “*asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la solicitud de arbitraje*”.³⁸⁶ Esto significa que las Demandantes cumplen en esta etapa del procedimiento arbitral con alegar hechos y conductas que, de ser ciertas, constituirían una violación o serían susceptibles de constituir una violación al Tratado.

259. Por último, el Artículo 12.23.6 del Tratado requiere una atención expedita a cargo del tribunal constituido para decidir:

*En el caso que el demandado así lo solicite, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la constitución del Tribunal, el Tribunal decidirá, **de una manera expedita**, acerca de una objeción de conformidad con el párrafo 5 y cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del Tribunal. El Tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio y emitirá una decisión o laudo sobre dicha objeción, exponiendo*

³⁸⁶ Artículo 12.23.5(c) del Tratado.

el fundamento de éstos, a más tardar ciento cincuenta (150) días después de la fecha de la solicitud. ... [Énfasis añadido]

260. No está en disputa que el Artículo 12.23.6 y la necesidad de una determinación expedita aplica a la decisión a tomar sobre una objeción preliminar presentada de conformidad con el Artículo 12.23.5. De hecho, la Demandada, solicita que el Tribunal conozca y decida las objeciones presentadas por Guatemala “*de conformidad con los artículos 12.23.5 y 12.23.6 del Tratado*”, solicitando así que su determinación se haga de manera expedita.³⁸⁷
261. El texto del Artículo 12.23.5 indica que el tribunal “*deberá decidir antes de pronunciarse sobre el fondo [...], las objeciones*”. El término “deberá”, conforme a su sentido corriente, indica inequívocamente una obligación.³⁸⁸ A su vez, el verbo “decidir” significa en su sentido corriente el hecho de tomar una decisión, sin que se desprenda del texto del Tratado cual debe ser la naturaleza de la misma. El Tratado impone pues la obligación de tomar una decisión de manera expedita con respecto a cualquier objeción preliminar que un Estado demandado en un arbitraje iniciado por un inversionista presente al inicio del procedimiento, con anterioridad a su decisión sobre el fondo. Conforme a esta misma disposición, el Estado debe presentar las objeciones preliminares “*tan pronto como sea posible después de la constitución del Tribunal, y en ningún caso más tarde de la fecha que el Tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda ...*”.³⁸⁹ El lenguaje incorporado en el Tratado, en efecto, procura buscar eficiencias en tiempo y costos de un procedimiento.
262. Indudablemente, los Estados Contratantes del Tratado tuvieron la intención de que, en el supuesto de que un Estado Demandado fuere a presentar alguna objeción preliminar –tal y como una de competencia o admisibilidad– el tribunal constituido concentrase su atención a la consideración y decisión de dichas objeciones. Resulta loable buscar evitar una pérdida de tiempo y recursos públicos en la defensa de una reclamación presentada en contra del Estado. Es factible que existan casos en los que, por sus características, las objeciones puedan ser resueltas de manera expedita y puedan detonar una decisión que concluya con la reclamación presentada en el arbitraje.
263. Sin embargo, aunque los términos del Artículo citado parecen ser claros, la determinación de la naturaleza de una reclamación y su procedencia no siempre lo es. En efecto, una determinación sobre objeciones preliminares en materia de inversión puede involucrar la necesidad de conocer con mayor precisión los detalles de los hechos alegados como

³⁸⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 105(a).

³⁸⁸ “Deber”: “1. Tr. Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva. 2. Tr. Tener obligación de corresponder a alguien en lo moral. 3. Tr. Cumplir obligaciones nacidas de respeto, gratitud u otros motivos. [...]”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., versión 23.6 en línea. <<https://dle.rae.es/deber?m=form>> 25 de octubre de 2023.

³⁸⁹ Artículo 12.23.5(a) del Tratado.

violatorios de las protecciones conforme al Tratado y, por lo tanto, de escuchar testigos y expertos y de conocer los argumentos a ser desarrollados en el fondo cuando la objeción es indisociable de los mismos. Las reclamaciones pueden además involucrar aspectos jurídicos que requieran de mayor estudio durante el procedimiento al examinar el fondo del asunto.

264. El Tribunal Arbitral estima que el Artículo 12.23.5 debe ser interpretado de manera consistente con el requerimiento de un procedimiento expedito bajo el Artículo 12.23.6.
265. Como se ha dicho, la obligación que tiene el Tribunal con base en estos Artículos es la de tomar una decisión de manera expedita sobre las objeciones preliminares que presente la Demandada. Sin embargo, de eso no se desprende que el Tribunal esté obligado a resolver de manera definitiva sobre estas objeciones. El Artículo 12.23.5 prevé que el Tribunal deba “decidir”, lo cual implica que se tome una decisión sobre las objeciones. Esta decisión se debe tomar con base en la limitada evidencia que se proporcione al Tribunal en el contexto de un procedimiento expedito bifurcado. Interpretar el Tratado en el sentido de que el Tribunal tiene que resolver de manera expedita y en forma definitiva cualquier objeción preliminar podría conllevar a un resultado manifiestamente absurdo que iría en contra del objeto y fin del Tratado, que señala, entre sus objetivos, el establecimiento de “*reglas claras y de beneficio mutuo [...] para la promoción y protección de las inversiones en sus territorios*”, así como la creación de “*procedimientos eficaces para la ejecución y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias*”.³⁹⁰
266. En otros términos, el Tribunal Arbitral puede, en cumplimiento de lo previsto en el Artículo 12.23.5, o acoger las objeciones preliminares, o rechazarlas por ser infundadas, o bien decidir unirlas con el fondo. En este tercer supuesto, aunque el Tribunal no resuelva las objeciones de manera definitiva, sí toma una decisión sobre las mismas y satisface así con lo prescrito por el Artículo 12.23.5.
267. A la luz de lo anterior, al analizar las Objeciones Preliminares presentadas por la Demandada, el Tribunal examinará cada una y decidirá, ya sea acogéndolas, rechazándolas, o bien uniéndolas al fondo.
268. Dicha interpretación del Artículo 12.23.5 esta soportada por las tres razones siguientes:
 - a) En primer lugar, por la propia estructura expedita de este procedimiento. Toda decisión del Tribunal Arbitral debe permitir un análisis profundo del tema de frente y, por lo tanto, una decisión sobre objeciones preliminares solo podrá adoptarse cuando se conozcan de manera completa las posiciones de las Partes al respecto. En

³⁹⁰ Preámbulo y Artículo 1.2(e) del Tratado.

palabras del tribunal en *Pac Rim c. El Salvador*, la intención de un procedimiento expedito que resuelva objeciones preliminares no es llevar a cabo un “mini-juicio” en el que se resuelva el asunto sin que se haya podido examinar toda la evidencia relevante.³⁹¹ Si bien dicho caso estaba sujeto a un tratado distinto (CAFTA³⁹²) del que se analiza en este procedimiento, tal tratado contiene una disposición equiparable en su Artículo 10.20.4 que prevé un proceso con plazos muy cortos y estrictos, tanto para las partes como para el tribunal, respecto a cualquier objeción preliminar. Una interpretación que obligara a un tribunal a pronunciarse en todo caso de manera definitiva sobre estas objeciones, a pesar de encontrarse íntimamente ligadas con el fondo, desvirtuaría la naturaleza expedita del procedimiento arbitral previsto en el Tratado. Adicionalmente, pondría la carga sobre un tribunal de solicitar a las partes mayor elaboración sobre sus alegatos e incluso la necesidad de adentrarse a la evidencia cuando, como en este caso, ni siquiera se ha tenido la oportunidad de conocer los argumentos de defensa sobre el fondo de la Demandada. Esto implica que, en la medida en que, en la decisión sobre objeciones preliminares, un tribunal deba decidir respecto de algún tema fáctico o jurídico relativo al fondo del asunto, el Tribunal debe aplazar la decisión sobre estas objeciones para examinarlas conjuntamente con los temas de fondo del caso.

- b) En segundo lugar, el procedimiento expedito previsto en el Artículo 12.23.6 del Tratado, contempla la posibilidad de presentar la objeción preliminar “*dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la constitución del Tribunal*”. A la luz de ello, iría contra toda lógica el que un tribunal tuviera una obligación de pronunciarse en forma expedita y de manera definitiva sobre cualquier objeción preliminar que se presente, aunque estuviere estrechamente ligada con el fondo, si el procedimiento contemplase la necesidad de decidir la objeción únicamente con base en los hechos presentados en la solicitud de arbitraje del demandante.
- c) En tercer lugar, habría que tomar en cuenta que, en casos similares al presente arbitraje, donde el tribunal fuere a conceder las objeciones preliminares presentadas por el Estado demandado, y las reclamaciones respectivas fueren a ser desechadas de plano, podrían existir otros reclamos pendientes de ser resueltos, que habrían de requerir el análisis del fondo con desahogo de prueba. Esta preocupación fue expresada por el representante de las Demandantes durante la Audiencia.³⁹³ Es decir,

³⁹¹ “*It is significant that the several deadlines under this expedited procedure are stringent, both for the parties (and the parties’ legal representatives) and also for the tribunal. It is not intended to be a ‘mini-trial’, even without evidence*”. *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, 2 de agosto de 2010 (CL-132), ¶ 107.

³⁹² Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (2004).

³⁹³ El Tribunal observa que, aún en el caso de que cada una de las Objeciones Preliminares fuere exitosa, y el Tribunal declinase su jurisdicción con base en ellas, es un hecho que este caso no concluiría, ya que existen otras reclamaciones presentadas por las Demandantes que no están sujetas a objeciones sobre jurisdicción por Guatemala y que

en casos como éste las objeciones preliminares no tienen como objetivo el concluir el procedimiento en su totalidad. En estos supuestos, no se lograrían las eficiencias en tiempo y costo buscadas en el Tratado. A una conclusión similar llegó el tribunal en *Pac Rim c. El Salvador*.³⁹⁴

269. A la luz de lo anterior, al analizar las Objeciones Preliminares presentadas, el Tribunal únicamente se pronunciará de manera definitiva sobre aquellas objeciones que son capaces de resolverse o resulta viable resolverlas, con base en los argumentos presentados por las Partes hasta el momento, y aplazará la decisión sobre aquellas objeciones que considera deben ser examinadas en la etapa de fondo.

B). Respecto a si los Reclamos, de ser Probados, Podrían Constituir una Violación del Tratado

270. Guatemala sostiene que los hechos alegados por las Demandantes, aun de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado ni del derecho internacional, ya que la mayoría de los reproches de las Demandantes no tienen que ver con cuestiones reguladas por el Tratado, sino con cuestiones meramente contractuales que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal.³⁹⁵

271. La principal objeción se refiere al hecho de que los reclamos presentados por las Demandantes tienen su origen en el Contrato y que, a pesar de que versan sobre resoluciones emitidas por el MEM, en realidad el Contrato estableció claramente una sujeción a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala. En particular, la cláusula Vigésima del Contrato (Leyes, Jurisdicción e Interpretación) establece en su parte relevante: “*En toda cuestión litigiosa relacionada con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa del presente contrato, EL ADJUDICADO renuncia en forma expresa por este acto, al fuero de su domicilio y se somete a los tribunales con sede en la ciudad de Guatemala ...*”.

mantendrían vigente el arbitraje hasta el análisis del fondo de las reclamaciones y su decisión mediante un laudo final. Así lo reconocieron las Partes durante la Audiencia. En el caso de las Demandantes, ver Transcripción Audiencia Jurisdicción, 258:16-22 (Llano). “*Pues, efectivamente es imposible, como hemos escuchado durante el curso de esta mañana no hay un escenario en lo que la totalidad de los reclamos de las demandantes van a estar excluidos. Ya todos -- no están sujetos a las objeciones de nuestros colegas*”. En el caso de la Demandada, ver Transcripción Audiencia Jurisdicción, 249:7-14 (Echeverri). “[A] *la pregunta de qué queda si se aceptan las objeciones del Estado. Hay, en efecto, además del reclamo de denegación de justicia, varios reclamos que se refieren a conductas de municipalidades relativas, por ejemplo, al otorgamiento de permisos, supuesta falta de apoyo de las municipalidades [...]*”.

³⁹⁴ “*The procedure under CAFTA Article 10.20.4 is clearly intended to avoid the time and cost of a trial and not to replicate it*”. *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, 2 de agosto de 2010 (CL-132), ¶ 112.

³⁹⁵ Réplica sobre Objeciones ¶¶ 66-67.

272. En efecto, Guatemala argumenta que “*la gran mayoría*” de los reproches o reclamos hechos por las Demandantes en este caso se refieren a reclamos puramente contractuales relacionados con la conducta del MEM,³⁹⁶ y enumera: (a) la “*imposición arbitraria de nuevos términos*” a través de la Resolución 2017-1515; (b) la “[*d*]eterminación arbitraria de supuesto incumplimiento” a través de la Resolución 770- 2018; (c) la “[*i*]mplementación arbitraria del procedimiento de ajuste del Canon Anual”; y (d) la “[*e*]liminación arbitraria del derecho a obtener compensación por Obras excluidas” a través de la Resolución No. 214-2021.³⁹⁷ En su Escrito de Objeciones detalló las razones por las cuales estima que se trata de temas contractuales, resueltos por el MEM, en base a las facultades concedidas en el propio Contrato.³⁹⁸
273. En el primero de los casos (i.e. *la imposición arbitraria de nuevos términos*), se trata de la aprobación de la modificación del Programa de Ejecución de Obras solicitada por TRECSA como consecuencia de eventos de caso fortuito o fuerza mayor, y Guatemala señala que la propia TRECSA aceptó expresamente y sin reservas suscribir las modificaciones mediante instrumento público.³⁹⁹ Además, alega que, a pesar de que las Demandantes ponen énfasis en la utilización del vocablo “se apercibe” en la resolución en cuestión, esto no se trataba de una “amenaza de sanción” como lo refieren las Demandantes,⁴⁰⁰ sino una mera exigencia frente a un alegado incumplimiento de contrato.
274. Las Demandantes por su parte han rechazado que tuvieran el derecho de aceptar o rechazar la modificación del Contrato en los términos aprobados por el MEM y que, si bien decidieron aceptar la modificación y suscribir la correspondiente escritura pública en sus términos, ello fue por cuestiones de negocio. El MEM no tenía derecho contractual alguno a “aprobar” los términos en que se implementaría la modificación y prórroga del Proyecto PET, pues las condiciones de su procedencia ya estaban previstas en el Contrato. Así, argumentan que corresponde a Guatemala acreditar que el apercibimiento del MEM no implica el ejercicio de facultades sancionadoras, inherentes al Estado.⁴⁰¹
275. En el segundo caso (i.e. *la determinación arbitraria de supuesto incumplimiento*), Guatemala igualmente alega que se trata de un reclamo contractual en la relación entre un dueño y un constructor, donde se determinó por el MEM un incumplimiento en base a las cláusulas Décima Primera, Décima Cuarta, Décima Octava y Décima Novena del Contrato,

³⁹⁶ Escrito de Objeciones, ¶ 35; Transcripción Audiencia Jurisdicción, 28:19-22 (Silva Romero).

³⁹⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 34, con referencia a Memorial de Demanda, ¶¶ 105, 409.

³⁹⁸ Escrito de Objeciones, ¶¶ 36-52.

³⁹⁹ Escrito de Objeciones, ¶ 39. Véase también, Tercera Modificación del Contrato (Escritura), 19 de octubre de 2017 (C-180), Cláusulas Tercera y Décima.

⁴⁰⁰ Réplica sobre Objeciones ¶¶ 93-96; Transcripción Audiencia Jurisdicción, 36:10-20 (Silva Romero).

⁴⁰¹ Dúplica sobre Objeciones ¶¶ 127-128.

y por lo tanto decidió no aceptar una prórroga del Proyecto una vez declarados los eventos de fuerza mayor, y no se trató de un ejercicio de poderes soberanos.⁴⁰²

276. Sobre esta medida, las Demandantes han respondido que el MEM utilizó disposiciones contractuales a su conveniencia para amenazar – en una resolución emitida en ejercicio de las funciones que le otorgan la ley– con la imposición de sanciones previstas en la ley guatemalteca. Es por ello, aducen las Demandantes, que no se trató del ejercicio de prerrogativas meramente contractuales. Incluso, añaden que, cuando TRECSA intentó combatir dicha resolución mediante el procedimiento administrativo previsto en esa misma ley, el MEM se demoró más de tres años en resolverlo.⁴⁰³
277. Respecto del tercer caso (*i.e. la implementación arbitraria del procedimiento de ajuste del Canon Anual*), Guatemala insiste que el reclamo por la falta de ajuste del Canon Anual conforme a la tasa de actualización establecida en el numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación es igualmente de naturaleza contractual y derivado de los eventos de fuerza mayor en donde la decisión del MEM estuvo basada en las Bases de Licitación y no en facultades legales actuando como soberano. Lo mismo aplica respecto de la decisión del MEM sobre peticiones de mayores costos incurridos en la constitución de servidumbres.⁴⁰⁴ Igualmente, Guatemala insiste en que la decisión respecto de la procedencia de cada uno de los ajustes del Canon le corresponde al juez del Contrato; es decir, al juez de Guatemala.
278. La Demandada también menciona que el hecho de que las resoluciones citadas hagan referencia a una serie de normas no se debe a que su resolución está basada en poderes soberanos, sino simplemente a que dichas normas regulan de forma general la competencia y las funciones de los ministerios y en particular del MEM.⁴⁰⁵
279. A su vez, las Demandantes responden que, tratándose de los procesos de ajuste del Canon Anual por fuerza mayor o caso fortuito,⁴⁰⁶ así como los procesos de ajuste por servidumbres,⁴⁰⁷ no se trató de un ajuste previsto contractualmente, puesto que los procedimientos de ajuste fueron definidos por el MEM en el Acuerdo Ministerial 348-2013 y en las Resoluciones No. 921-2020, 925-2020, y 928-2020 – actos soberanos emitidos por el MEM en ejercicio de las funciones que le confieren las leyes guatemaltecas.
280. Tratándose del cuarto caso, (*i.e. la eliminación arbitraria del derecho a obtener compensación por obras excluidas*), Guatemala sostiene que no utilizó sus poderes soberanos para forzar la imposición de nuevos términos del Contrato, y que el hecho de

⁴⁰² Escrito de Objeciones, ¶ 43; Réplica sobre Objeciones ¶¶ 98-106; Transcripción Audiencia Jurisdicción, 39:5-15 (Silva Romero).

⁴⁰³ Contestación a Objeciones, ¶ 126.

⁴⁰⁴ Escrito de Objeciones, ¶¶ 46-48; Transcripción Audiencia Jurisdicción, 42:9-17 (Silva Romero).

⁴⁰⁵ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 44:1-9 (Silva Romero).

⁴⁰⁶ Contestación a Objeciones, ¶¶ 128-129.

⁴⁰⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 135.

que las Demandantes consideren que la conducta del MEM fue arbitraria o abusiva, no significa que el MEM haya actuado por fuera del Contrato. De hecho, según Guatemala, se trata de una resolución mediante la cual se aprueba la Cuarta Modificación al Contrato.⁴⁰⁸ Entonces, contrario a lo que alegan las Demandantes, TRECSA decidió aceptar dichas modificaciones al momento de suscribir la escritura pública que formalizó la Cuarta Modificación al Contrato.⁴⁰⁹ Insiste que fueron las propias Demandantes quienes sugirieron al MEM eliminar ciertas obras del Contrato, dado que, por eventos de fuerza mayor, no podrían ser finalizadas.⁴¹⁰ De haber estimado que era arbitrario o abusivo, no habrían suscrito voluntariamente el documento, o pudieron haber acudido a los tribunales en Guatemala.⁴¹¹

281. En respuesta, las Demandantes insisten en que no existe disposición contractual alguna que permitiere al MEM exigir a TRECSA la renuncia de obras paralizadas como consecuencia de las acciones de sus propias municipalidades, y mucho menos a cancelar retroactiva y arbitrariamente, en una resolución administrativa, la compensación por los costos y gastos adicionales incurridos por dicha paralización, sino que la medida del MEM fue emitida en una resolución ministerial, y en ejercicio de facultades soberanas.⁴¹²
282. El Tribunal Arbitral estima necesario, para decidir sobre esta objeción jurisdiccional de la Demandada, volver a la naturaleza y al alcance del procedimiento expedito bifurcado que se debe llevar a cabo de conformidad con el Artículo 12.23.5 del Tratado.
283. Las Partes debatieron el alcance del test *prima facie* que se debe aplicar para determinar si los hechos planteados por las Demandantes podrían llegar a constituir una violación del Tratado.
284. La Demandada reconoce que el Tratado mismo establece en el Artículo 12.23.5(c) una presunción de veracidad respecto de los hechos alegados por las Demandantes y que esto no se extiende a la argumentación legal de su caso, y cita, en tal sentido, a la opinión separada de la Juez Rosalyn Higgins en el caso *Oil Platforms c. Irán*, quien señaló que el análisis jurisdiccional no puede ser realizado sobre una “base impresionista” [Traducción del Tribunal], sino que el tribunal solo puede determinar si existe una controversia respecto

⁴⁰⁸ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 113-114.

⁴⁰⁹ Escrito de Objeciones, ¶ 51; Réplica sobre Objeciones, ¶ 117.

⁴¹⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶ 116, haciendo referencia a TRECSA, Memorial Presentando Alternativas para el Proyecto PET (C-691), págs. 18, 19, 23.

⁴¹¹ Réplica sobre Objeciones, ¶ 117; Transcripción Audiencia Jurisdicción, 49:5-22 (Silva Romero).

⁴¹² Contestación a Objeciones, ¶ 143.

de la interpretación del tratado y su aplicación, interpretando los artículos que presuntamente han sido violados, con un análisis detallado.⁴¹³

285. Con base en lo anterior, no está en disputa que el Tribunal Arbitral, para decidir sobre las objeciones preliminares, tiene que aceptar como ciertas las alegaciones de hecho formuladas por las Demandantes. Resulta también clara la jurisprudencia en materia de arbitraje de inversión en el sentido de que sólo pueden ser aceptados por un tribunal reclamos que, de ser probados, podrían constituir una violación al tratado correspondiente. Por lo tanto, la tarea del Tribunal Arbitral es averiguar si, asumiendo como ciertos los hechos alegados por la Demandante, las actuaciones reprochadas al Estado son capaces de constituir una violación del Tratado.
286. Como señaló el tribunal del caso *Iberdrola c. Guatemala* que han citado ambas Partes: “*un tribunal internacional no tiene competencia por el solo hecho de que una de las partes del proceso afirme que el derecho internacional ha sido vulnerado. [...] [E]l Tribunal únicamente tendría jurisdicción si [é]sta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado*”.⁴¹⁴
287. El tema a considerar en esta etapa procesal es, por lo tanto, averiguar si, con base en las alegaciones de hecho de las Demandantes, las medidas relacionadas con la conducta de los órganos municipales, judiciales y administrativos de la Demandada son capaces de comprometer la responsabilidad de la misma conforme al Tratado.
288. El punto de partida del razonamiento, a juicio del Tribunal Arbitral, tiene que ser la naturaleza de las actuaciones reprochadas al Estado. Ahora bien, si la conducta de autoridades municipales, administrativas o judiciales, cuando – como ha sido alegado por las Demandantes– presentase características de irracionalidad o de antijuridicidad, tales que pudieran ser consideradas contrarias a las obligaciones de trato previstas por el Tratado, cabrían en la competencia de un tribunal de inversiones constituido bajo el mismo.

⁴¹³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 64, haciendo referencia a *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América) (Objeción Preliminar)*, Caso CIJ, Sentencia del 12 diciembre 1996, Opinión Separada de la Juez Rosalyn Higgins (RL-55), ¶ 29: “*The Court can only determine whether there is a dispute regarding the interpretation and application of the 1955 Treaty, falling within Article XXI (2), by interpreting the articles which are said by Iran to have been violated by the United States destruction of the oil platforms. It must bring a detailed analysis to bear*”.

⁴¹⁴ Réplica sobre Objeciones, ¶ 60, haciendo referencia a *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (RL- 7), ¶ 350. En igual sentido, cita a *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (RL-8), ¶ 254; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (RL-9), ¶ 180; *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005 (RL-10), ¶¶ 118-120; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006 (RL-11), ¶¶ 69-71; *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006 (RL-12), ¶¶ 34, 53, 68.

El Tribunal Arbitral estima – sin pronunciarse sobre si los hechos alegados han sido probados– que este es el presente caso.

289. La Demandada, por otra parte, alega esencialmente que, en el presente caso, el Tribunal no gozaría de esta competencia por haber suscrito las Partes un Contrato con una cláusula con base en la cual acordaron someter cualquier disputa que surja del mismo al foro exclusivo de los tribunales guatemaltecos. Por otra parte, es correcto –como lo afirman las Demandantes– que la jurisprudencia y doctrina internacional han reconocido que, en presencia de un contrato, una violación del mismo puede también constituir una violación del Tratado cuando el Estado haya actuado *de iure imperio*. Las Demandantes notan al respecto que, tanto el Artículo 12.18.4 del Tratado, como los estándares de protección establecidos en la Sección A del mismo, fueron redactados con términos amplios por los Estados Contratantes, y no incluyen limitación alguna en cuanto a reclamos por violaciones del Tratado que coexistan con una relación contractual entre los inversionistas y el Estado receptor.⁴¹⁵
290. Este Tribunal coincide sobre este punto con el tribunal en *Crystallex c. Venezuela*,⁴¹⁶ en que el hecho de que pueda existir un contrato entre las Partes y de que las cuestiones relativas a su ejecución o rescisión puedan desempeñar un rol en los escritos de las Partes no supone *per se* que el Tribunal se enfrente a reclamaciones contractuales en lugar de reclamaciones en virtud de tratados.
291. El tribunal en *Strabag c. Polonia*,⁴¹⁷ citado por las Demandantes, reconoció la diferencia entre, por una parte, los reclamos de naturaleza contractual y los daños derivados del incumplimiento a un contrato, y, por otra parte, los reclamos basados en violaciones al tratado que cubría la inversión realizada. Esa es justamente la diferencia que el Tribunal encuentra en este caso.
292. También resulta apropiado citar la decisión del comité de anulación en el caso *Vivendi I c. Argentina*, el cual reconoció que el hecho de que una reclamación derivada de un tratado involucre cuestiones contractuales, no menoscaba los poderes del tribunal para aplicar el tratado en cuestión. En particular, este Comité notó que “*el tribunal tenía jurisdicción para basar su decisión en el Contrato [...], al menos en la medida necesaria para determinar si se han infringido las normas sustantivas del TBI*” y añadió que “*el que una conducta*

⁴¹⁵ Contestación a Objeciones, ¶ 72.

⁴¹⁶ *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (CL-91), ¶ 474.

⁴¹⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 77, haciendo referencia a *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ADHOC/15/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 4 de marzo de 2020 (CL-206), ¶¶ 5.32-5.33.

*particular conlleve el incumplimiento de un tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales”.*⁴¹⁸

293. Sobre este tema, el Tribunal Arbitral nota, en primer lugar, que el Contrato se encuentra suscrito entre el MEM y TRECSA, mientras que las actuaciones reprochadas por las Demandantes conciernen diferentes órganos del Estado – incluso sus cortes – que no son partes del mismo. De igual manera, en tanto que TRECSA está vinculada por el Contrato y por la cláusula de *prorogatio fori* incluida en el mismo, tal no es el caso de GEB. Con lo cual, el Tribunal Arbitral estima que el interrogante sobre su jurisdicción tiene que recibir respuesta positiva en relación con entidades del Estado no vinculadas por el Contrato.
294. En cuanto a TRECSA, la cuestión a decidir es si la cláusula de *prorogatio fori* incluida en el Contrato es tal como para que las actuaciones reprochadas al MEM (y por lo tanto al Estado) caigan bajo la competencia contractual exclusiva acordada por las partes al Contrato (de los tribunales guatemaltecos). La respuesta a este interrogante depende, a juicio del Tribunal Arbitral, de saber si, como lo alegan las Demandantes, al adoptar las medidas en cuestión el Estado se salió del marco contractual para actuar, no como parte contractual, sino como Estado Soberano.
295. La jurisprudencia internacional ha definido los elementos que permiten dilucidar los requisitos necesarios para determinar la existencia de actuaciones soberanas por parte de órganos o entidades estatales que van más allá de un rol puramente contractual respecto de los inversionistas y sus inversiones, y que efectivamente comprometen la responsabilidad internacional del Estado si resultan ser violatorios de un tratado de protección de inversiones. Las Demandantes han citado a *Siemens c. Argentina*,⁴¹⁹ *Convial c. Perú*,⁴²⁰ *Abaclat c. Argentina*⁴²¹ y *SGS c. Paraguay*.⁴²²
296. Las Demandantes manifiestan que no han planteado reclamos contractuales como violaciones del Tratado; que es Guatemala quien tiene la carga de probar sus objeciones preliminares; y que la determinación de la naturaleza de cada acto y el alcance de la conducta soberana que involucran las medidas alegadas es un tema de fondo, ya que el Tribunal debe analizar los antecedentes, documentos, testimonios y pericias para cada una

⁴¹⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, (CL-148), ¶ 110.

⁴¹⁹ Contestación a Objeciones, ¶ 112, haciendo referencia a *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007 (CL-105), ¶ 254.

⁴²⁰ Contestación a Objeciones, ¶ 113, haciendo referencia a *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (CL-143) ¶ 513.

⁴²¹ Contestación a Objeciones, ¶ 116, haciendo referencia a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶ 238.

⁴²² Contestación a Objeciones, ¶ 118, haciendo referencia a *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (CL-152), ¶ 73.

de esas medidas.⁴²³ Toda vez que no están reclamando incumplimientos contractuales como una violación del Tratado, agregan que no corresponde aplicar un test de *puissance publique* en esta fase jurisdiccional, como lo sugiere la Demandada, sino más bien en la fase de fondo.⁴²⁴

297. Adicionalmente, las Demandantes han argumentado que, aun cuando el Tribunal decidiese examinar el carácter de poder público de las medidas del Estado, dicho carácter está más que comprobado y que, en cada una de las medidas reclamadas, se observan precisamente las características que la jurisprudencia contempla, lo que presuntamente confirmaría la naturaleza soberana de la actuación del MEM respecto de las Demandantes y su inversión, en violación del Tratado. Sin embargo, el Tribunal encuentra que diversos de tales elementos requieren precisamente de mayor argumentación y prueba fáctica. En efecto, analizar si los actos reclamados son de naturaleza contractual o si se trata de actos soberanos solo resultará posible después de que las Partes y el Tribunal hayan tenido oportunidad de examinar el contexto de los actos reclamados como violatorios del Tratado, incluyendo los distintos elementos aportados como prueba.
298. Cuando las objeciones a la jurisdicción de un tribunal están íntimamente relacionadas con los reclamos presentados por un inversionista, como lo es en este caso, el tribunal debe tener la oportunidad de analizar los elementos de prueba para determinar la naturaleza real de los actos reclamados. Además, como lo han señalado las Demandantes, *“parte de este análisis involucraría cuestiones de derecho administrativo guatemalteco que, para fines de la presente objeción, constituye una cuestión fáctica y, por ende, fuera del alcance de las objeciones preliminares”*.⁴²⁵
299. Aunque el Artículo 12.23.5(c) del Tratado dispone que el Tribunal *“asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la solicitud de arbitraje”*, resulta evidente para el Tribunal que las Demandantes no han presentado aún su caso de manera total de tal forma que permita al Tribunal conocer los elementos fácticos y jurídicos necesarios para confirmar su jurisdicción. Las propias Demandantes así lo han manifestado.⁴²⁶
300. Existen elementos que pudieran llevar a concluir que las medidas, o algunas de ellas, pudieran haber sido dictadas en base a la potestad de órganos del Estado de Guatemala en virtud no sólo de que pudiera tratarse de actos unilaterales y coercitivos, sino también de que se someten a una revisión administrativa y contencioso-administrativa. Pero, para

⁴²³ Contestación a Objeciones, ¶ 80.

⁴²⁴ Contestación a Objeciones, ¶ 94.

⁴²⁵ Contestación a Objeciones, ¶ 80.

⁴²⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 26.

realizar dicha determinación, el Tribunal requiere de mayor información y argumentación de las Partes.

301. Las Demandantes han señalado los cinco criterios que son generalmente utilizados para establecer si se está frente a un reclamo bajo un tratado. Estos son: (a) la causa de la acción; (b) el contenido del derecho; (c) la identidad de las partes; (d) la ley aplicable y (e) la responsabilidad del Estado receptor, y desarrollaron en sus escritos cómo aplican dichos elementos a este caso.⁴²⁷
302. Su argumento en el sentido de que los actos impugnados por las Demandantes son actos de poder público que comprometen la responsabilidad internacional de Guatemala, conlleva, según las Demandantes, a que el Tribunal debe aplicar el estándar propio de esta etapa y confirmar su jurisdicción, en línea con la posición consolidada de la jurisprudencia internacional, y relatan cómo los actos del MEM revisten las características de actos del poder público.⁴²⁸
303. Dado que existen algunos temas comunes, como lo son el hecho de que en ambos casos existía un contrato celebrado por el inversionista del cual surgen los reclamos, ambas Partes citan extensamente lo decidido por el tribunal en el caso *Abaclat c. Argentina*.⁴²⁹ Por una parte, la Demandada pone énfasis en aquéllas porciones del laudo en las que el tribunal señala que el tratado en cuestión “*no ha sido concebido para corregir o sustituir reparaciones contractuales ni, en especial, como sustituto de procedimientos judiciales o arbitrales que surjan de reclamaciones contractuales*”.⁴³⁰
304. La Demandante, por otra parte, sostiene que “[a]l analizar la naturaleza de las actuaciones del Estado argentino, el tribunal reconoció que ‘[l]o que sí es pertinente es que Argentina invoca como justificación de su incumplimiento las circunstancias excepcionales que rodearon a su situación de cesación de pago’, así como ‘[l]a Ley de Emergencia que Argentina sancionó ulteriormente’ como reacción a esas circunstancias, por lo que el tribunal consideró las reclamaciones planteadas no puramente contractuales, sino basadas en tratados y fundadas en actos de una entidad soberana”.⁴³¹

⁴²⁷ Contestación a Objeciones, ¶ 85; Dúplica sobre Objeciones, ¶ 99.

⁴²⁸ Contestación a Objeciones, ¶¶ 96, 107-108; Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 103-104.

⁴²⁹ *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14).

⁴³⁰ Réplica sobre Objeciones, ¶ 68, haciendo referencia a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), En esta Decisión, el tribunal también señaló que: “[l]as reclamaciones puramente contractuales deben plantearse ante el órgano competente, cuya jurisdicción emana del contrato, y ese órgano ... puede y debe entender en la reclamación toda y pronunciarse sobre ella basándose exclusivamente en el contrato” ¶ 316.

⁴³¹ Dúplica sobre Objeciones ¶ 137, haciendo referencia a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶ 326.

305. El tribunal en *Abaclat c. Argentina* igualmente examina cuándo debe una reclamación considerarse como puramente contractual, y concluye que debe serlo “*si el Estado receptor que sea parte de un contrato específico falta al cumplimiento de obligaciones surgidas exclusivamente en virtud de ese contrato*”.⁴³² Posteriormente señala que “[e]llo no ocurre si el Estado receptor, a través de un acto soberano, altera unilateralmente el equilibrio del contrato y las disposiciones que él contiene. Así sucede cuando las circunstancias y/o el comportamiento de dicho Estado parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano. Si bien el ejercicio de esa potestad puede influir sobre el contrato y sobre su equilibrio, su origen y su naturaleza son totalmente extraños al contrato”.⁴³³
306. La determinación de si las actuaciones de Guatemala se realizaron en ejercicio de su potestad como Estado soberano es un tema que el Tribunal deberá analizar, pero contando con mayores elementos –prueba documental, testimonial y pericial– para definir si resultan ser o no reclamos contractuales. De no serlo, el Tribunal estima que los actos reclamados por las Demandantes, de ser probados, constituirían efectivamente una violación al Tratado.
307. Por último, el Tribunal analiza también aquí la objeción de Guatemala relacionada con la ausencia de jurisdicción del Tribunal para, *prima facie*, pronunciarse sobre reclamos en contra de actos de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia. Según Guatemala, las decisiones de las cortes domésticas no pueden comprometer a la responsabilidad del Estado, a menos de que el inversionista alegue y pruebe la existencia de una denegación de justicia.⁴³⁴
308. Por su parte, las Demandantes han indicado de manera expresa y reiterada durante esta etapa del procedimiento que sí están presentado un reclamo de denegación de justicia,⁴³⁵ y que dicho reclamo se relaciona con la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013 dictada por la Corte de Constitucionalidad el 19 de diciembre de 2018.
309. Toda vez que la propia Demandada reconoce que queda a cargo del inversionista alegar y probar la existencia de una denegación de justicia, el Tribunal considera que el estudio de los argumentos y la prueba que fundan el reclamo de las Demandantes deberá ser materia justamente de la etapa de fondo del presente arbitraje.

⁴³² *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶ 318.

⁴³³ *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (RL-14), ¶ 318.

⁴³⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 75.

⁴³⁵ Entre otros, Contestación a Objeciones, ¶¶ 189, 206-207; Dúplica sobre Objeciones ¶¶ 251, 285, 295.

310. En virtud de lo anterior, el Tribunal decide unir al fondo los temas jurisdiccionales planteados por la Demandada con respecto a si las reclamaciones son de naturaleza puramente contractual y sobre los reclamos en contra de los actos de la Corte de Constitucionalidad.

C). Respecto a si el Tribunal puede Pronunciarse sobre las Violaciones de Cláusulas Paraguas por medio de la Cláusula NMF

311. Guatemala sostiene que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para pronunciarse sobre las supuestas violaciones de la “cláusula paraguas”, es decir, el reclamo que hacen las Demandantes en el sentido de que Guatemala “*violó las cláusulas paraguas contenidas en [diez] tratados e incorporadas al Tratado mediante su Artículo 12.6 al incumplir los compromisos asumidos con TRECSA*” bajo: (i) la LGE y el Reglamento de la LGE, y (ii) el Contrato. Su posición es que las Demandantes no pueden incorporar al Tratado las cláusulas paraguas que invocan y, en cualquier caso, dichas cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual a un reclamo internacional.⁴³⁶
312. El Tribunal llevará a cabo su interpretación conforme al Artículo 31 de la CVDT que exige que un tratado se interprete conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin. Al respecto, el Artículo 12.6 del Tratado dispone:

1. Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

3. El Trato de Nación más Favorecida que haya de otorgarse en circunstancias similares no se extiende a los mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión.

Nota al pie: “*El presente Artículo se refiere a mecanismos de solución de controversias tales como los contenidos en la Sección B del presente Capítulo*”.

313. Por su parte, el Artículo 12.12.2 del Tratado, que se refiere a medidas disconformes, establece que el Artículo 12.6 del Tratado “*no se aplicará al trato otorgado por una Parte*

⁴³⁶ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 120-121.

de conformidad con cualquier Tratado o Acuerdo Internacional, o respecto a los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo III". A su vez, la lista de reservas presentada por Guatemala en el Anexo III (Excepción al Trato de Nación Más Favorecida – con referencia a los Artículos 12.6 y 13.4) del Tratado aplicables a "Inversión y Comercio transfronterizo de servicios" dispone expresamente que:

Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país, de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

314. El Tribunal considera que la Cláusula NMF contenida en el Artículo 12.6.2 –interpretada en conjunto con el Artículo 12.12.2, así como la reserva contenida en el Anexo III– disponen inequívocamente que Guatemala se reservó el derecho a extender el trato de la NMF en relación con cualquier tratado suscrito anteriormente. Esto es, Guatemala exceptuó su obligación de extender el trato de la NMF en relación con tratados de inversión suscritos con anterioridad al Tratado. Es un hecho no controvertido que todas y cada una de las cláusulas que invocan las Demandantes se encuentran en tratados internacionales que entraron en vigor o que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado entre Guatemala y Colombia (*i.e.*, el 12 de noviembre de 2009).⁴³⁷
315. Las Demandantes no explican cómo la obligación (establecida en el Artículo 12.6.2 del Tratado) que impone a Guatemala otorgar un trato más favorable, esto es, permitir reclamaciones con base en una cláusula paraguas (prevista en alguno de los tratados invocados por las Demandantes), a otro país no Parte (en este caso, Colombia), no entraría en el ámbito de aplicación de la reserva hecha por Guatemala (12.12.2 y Anexo III). Por otro lado, las Demandantes tampoco han explicado cuál sería la base para interpretar que los términos "otro país" no se refiere tanto al país, que suscribió el instrumento de inversión respectivo, como a sus inversionistas y sus inversiones, especialmente cuando la reserva se adopta en relación con un Artículo (12.6.2) que expresamente señala que aplica a las inversiones e inversionistas de una Parte.
316. Tampoco queda claro para el Tribunal cuál sería el fundamento para que, por el solo hecho de que uno de los tratados previamente suscritos por Guatemala contenga una cláusula paraguas, la protección de dicha cláusula deba extenderse automáticamente a las Demandantes, sin haber analizado los requisitos previstos por el Artículo 12.6.2, como lo

⁴³⁷ Los tratados son: Guatemala–Países Bajos, suscrito el 18 de mayo de 2001 (CL-86); Guatemala–Corea, suscrito el 1 de agosto de 2000 (CL-87); Guatemala–Argentina, suscrito el 21 de abril de 1998 (CL-88); Guatemala–España, suscrito el 9 de diciembre de 2002 (CL-84); Guatemala–Suiza, suscrito el 9 de septiembre de 2002 (CL-85); Guatemala–Suecia, suscrito el 12 de febrero de 2004 (CL-81); Guatemala–Austria, suscrito el 16 de enero de 2006 (CL-79); Guatemala–Alemania, suscrito el 17 de octubre de 2003 (CL-82); Guatemala –Finlandia, suscrito el 12 de abril de 2005 (CL-80); Guatemala–Italia, suscrito el 8 de septiembre de 2003 (CL-83).

son, por ejemplo, definir cuáles serían los inversionistas y/o inversiones conforme al Tratado que se encuentran “en circunstancias similares” a los que se debería extender el trato.

317. Por lo anterior, el Tribunal concluye que, debido a los términos de la reserva que Guatemala válidamente incorporó en el Anexo III del Tratado, no es posible extender la aplicación de cualesquiera de las cláusulas paraguas de los diez tratados invocados por las Demandantes al trato de NMF contenido en el Artículo 12.6 del Tratado. Esto es, el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la violación de dichas cláusulas.
318. En vista de que el Tribunal estima que no es posible importar las cláusulas paraguas a través de la Cláusula NMF, no resulta necesario examinar el alegato de las Demandantes respecto a si las cláusulas paraguas elevan automáticamente reclamos puramente contractuales, o incluso reclamos basados en legislación local, a nivel de un reclamo internacional.

D). Respecto a si los Reclamos han Prescrito de conformidad con el Tratado

319. Conforme a esta Objeción Preliminar presentada por Guatemala, se argumenta que se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal toda reclamación respecto de violaciones y daños conocidos antes del 9 de octubre de 2017 – respecto de la Solicitud de Arbitraje No. 1– y toda reclamación respecto de violaciones y daños conocidos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018 –respecto de la Solicitud de Arbitraje No. 2.
320. El Artículo 12.22.1 del Tratado (Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes) contiene una regla de prescripción de los reclamos de un inversionista. Conforme a este Artículo:

El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres (3) años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación a este Capítulo, así como de las pérdidas o daños sufridos.

321. Antes que nada, el Tribunal Arbitral desea aclarar que el tema de prescripción planteado, aunque sea una objeción preliminar en el sentido del Artículo 12.23.5 del Tratado, no constituye una objeción jurisdiccional, sino una objeción que se refiere a la admisibilidad de las demandas.
322. Las Partes no difieren respecto de la necesidad de considerar dos fechas para la determinación de si existe o no la prescripción: el *dies a quo* y el *dies ad quem* y que el primero –que activa el período de prescripción– corresponde a la fecha en que el inversionista adquiere conocimiento efectivo o implícito de (i) la presunta violación del

Capítulo 12 del Tratado y (ii) las pérdidas o daños sufridos, en tanto que el segundo corresponde a la fecha en la que el inversionista somete su reclamación a arbitraje y, como consecuencia de ello, finaliza el cómputo del término de prescripción. De conformidad con el Artículo 12.30 del Tratado, esta corresponde al día en que *“la solicitud de arbitraje ... del demandante: (a) ha sido recibida por el Secretario General de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI ...”*.

323. La regla de prescripción en el Artículo 12.22.1 del Tratado establece tres elementos a considerar: (a) existe un período de tres años dentro del cual el inversionista puede presentar una reclamación; (b) es el conocimiento efectivo o implícito de la violación el que activa el inicio del plazo de prescripción; y (c) el plazo para presentar la reclamación finaliza tres años después de que el inversionista tuvo el conocimiento efectivo o implícito de la violación y del daño.
324. En este caso, las Demandantes presentaron dos Solicitudes de Arbitraje. La primera, el 9 de octubre de 2020 y la segunda, el 12 de octubre de 2021. Siguiendo el acuerdo de las Partes, el Tribunal ordenó la acumulación de los dos casos que surgieron como consecuencia de dichas solicitudes.
325. No existe debate en cuanto a que la Solicitud de Arbitraje No. 1 fue recibida por la Secretaria General del CIADI el 9 de octubre de 2020. Ello significa, por tanto, que la “fecha crítica” para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje No. 1 es el 9 de octubre de 2017.
326. Por otra parte, tampoco existe debate en cuanto a que la Solicitud de Arbitraje No. 2 fue recibida por la Secretaria General del CIADI el 12 de octubre de 2021, por lo que la “fecha crítica” para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje No. 2 es el 12 de octubre de 2018.
327. A pesar de que existe al parecer acuerdo entre las Partes en la interpretación de las disposiciones anteriores, según Guatemala se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal Arbitral las reclamaciones:
 - a) Tratándose de la Solicitud de Arbitraje No. 1, respecto de aquellas violaciones y daños conocidos ocurridos antes del 9 de octubre de 2017; y
 - b) Tratándose de la Solicitud de Arbitraje No. 2, respecto de violaciones y daños conocidos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018.⁴³⁸
328. Según Guatemala, las Demandantes pretenden utilizar esta acumulación para extender el período de prescripción aplicable bajo el Tratado de tres a cuatro años,⁴³⁹ ya que pretenden

⁴³⁸ Escrito de Objeciones, ¶ 22.

⁴³⁹ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 71:8-17 (Echeverri Gallego).

que primero se determine cuándo tuvieron conocimiento de las violaciones y pérdidas alegadas, y a partir de ahí se escoja el *dies ad quem* “que más convenga” – el de la Solicitud de Arbitraje No. 1 o el de la Solicitud de Arbitraje No. 2.⁴⁴⁰

329. Guatemala también ha alegado que las Demandantes identificaron en la Solicitud de Arbitraje No. 1 aquellas medidas causantes de las presuntas violaciones al Tratado y cuantificaron los daños supuestamente derivados de dichos incumplimientos al mes de septiembre de 2017, por lo cual sostiene que, si las Demandantes ya consideraban entonces que se había “*cristalizado*” un daño a su inversión e incluso habían cuantificado este daño, más de la mitad de su reclamo habría prescrito.⁴⁴¹
330. Por su parte, las Demandantes argumentan que “*la Primera Solicitud de Arbitraje cubre los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento entre el 9 de octubre de 2017 (dies a quo) y el 9 de octubre de 2020 (dies ad quem), mientras que la Segunda Solicitud de Arbitraje cubre los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento entre el 12 de octubre de 2018 (dies a quo) y el 12 de octubre de 2021 (dies ad quem)*”.⁴⁴² A decir de las Demandantes, “*Guatemala calcula erróneamente la fecha de inicio del plazo de prescripción*” y la determinación de esta objeción requiere “*adentrarse a detalles sobre distintas conductas y sus fechas relevantes, que a su vez requeriría estudiar un amplio cúmulo de evidencia documental y testimonial*”.⁴⁴³
331. Inicialmente, Guatemala identificó que esta Objeción Preliminar se extendía a lo que consideraba como “*al menos*” 36 conductas de (i) autoridades judiciales (*i.e.*, la Corte de Constitucionalidad); (ii) administrativas (*i.e.*, MEM, la CNEE, y la PNC); y (iii) municipales (*e.g.*, el Concejo Municipal de Antigua Guatemala, el Concejo Municipal de Chajul, el Concejo Municipal de Santo Tomás de Chichicastenango, el Concejo Municipal de San Francisco El Alto y las Municipalidades de Cantel, San Andrés de Villa Seca, entre otros).⁴⁴⁴
332. No obstante, en su Contestación a las Objeciones, las Demandantes han reconocido que, de las 36 conductas que Guatemala ha manifestado son reclamaciones de las Demandantes, en realidad son solo 7 que se reclaman en este arbitraje,⁴⁴⁵ siendo que todas caerían dentro del periodo relevante. Las 29 conductas restantes corresponden a medidas del Estado

⁴⁴⁰ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 72:11-18 (Echeverri Gallego).

⁴⁴¹ Réplica sobre Objeciones, ¶¶ 55-57.

⁴⁴² Dúplica sobre Objeciones, ¶ 43.

⁴⁴³ Contestación a Objeciones, ¶¶ 8, 31.

⁴⁴⁴ Escrito de Objeciones, ¶ 23.

⁴⁴⁵ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 179:9-16 (Coulet-Díaz).

mencionadas como “*antecedentes*” proporcionados a manera de contexto, y no son medidas impugnadas como violaciones del Tratado en este arbitraje.⁴⁴⁶

333. Las Demandantes también aclaran que las medidas reclamadas corresponden a la omisión de realizar consultas indígenas (en relación con las municipalidades de San Andrés Xecul y Santa Catarina Ixtahuacán),⁴⁴⁷ el rechazo de protección policial (en relación con la municipalidad de San Raymundo)⁴⁴⁸ o la obstrucción y trato inconsistente (en relación con los rechazos y revocaciones arbitrarias de licencias y resoluciones inconsistentes de permisos realizadas por las municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá y Cantel).⁴⁴⁹
334. Las Demandantes han argumentado que el MEM aseguró a TRECOSA –durante meses, incluso años– que realizaría las consultas indígenas y continuó tramitando procesos locales relacionados con la realización de las respectivas consultas, pero no fue sino hasta julio de 2020 cuando finalmente el MEM informó a TRECOSA que no realizaría las consultas. Además, no fue hasta febrero de 2021 que el MEM “*forzó a las demandantes*” a aceptar la exclusión de estas localidades del Proyecto porque no había realizado las consultas con la consecuente reducción en el valor del canon y el futuro peaje. Es por ello que las Demandantes argumentan que antes del 20 de julio del 2020 no tenían y no podían tener conocimiento de que el MEM no realizaría las consultas.⁴⁵⁰
335. Una reclamación podrá considerarse fuera del plazo únicamente si la solicitud de arbitraje es presentada más de tres años después de la fecha en que el inversionista tuvo el conocimiento efectivo o implícito.
336. El Tribunal concuerda con las Demandantes respecto a que la Objeción Preliminar de prescripción de Guatemala no puede ser decidida antes de que las Partes hayan tenido plena oportunidad de presentar sus argumentos y evidencia respecto de las presuntas violaciones que derivan de las medidas municipales. Esto es especialmente evidente respecto de los daños reclamados, pues será necesario primero resolver sobre la responsabilidad internacional de Guatemala sobre cada uno de los reclamos planteados por las Demandantes en este arbitraje.
337. A primera vista, todas las medidas se consumaron en efecto durante el período previo a que se cumpliera la prescripción, pero la determinación objetiva de la fecha en la que

⁴⁴⁶ Dúplica sobre Objeciones, ¶ 47.

⁴⁴⁷ Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 53-57, haciendo referencia a Solicitud de Arbitraje No. 1, ¶¶ 62; Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Exp. No. 5711-2013 del 7 de julio de 2016 (C-546), págs. 59-61; Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Exp. 1798-2015 del 26 de enero de 2017 (C-547), págs. 53-55.

⁴⁴⁸ Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 58-59, haciendo referencia a Solicitud de Arbitraje No. 1, ¶¶ 62; TRECOSA, Solicitud de Reconocimiento de Fuerza Mayor (A-159), 20 de diciembre de 2017 (C-191) págs. 5-6.

⁴⁴⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 62; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 74-75.

⁴⁵⁰ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 181:5-21 (Coulet-Díaz).

ocurrió una determinada violación y si las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento de ellas es un tema que implica un análisis que debe contar con mayores elementos de prueba de los que se tiene en esta etapa preliminar.

338. Por lo anterior, el Tribunal considera que no resulta factible pronunciarse en este momento sobre esta Objeción Preliminar y, por ende, la misma será abordada por el Tribunal en una etapa posterior del procedimiento.

E). Respecto a si las Demandantes han planteado acciones bajo el Tratado ante las cortes locales

339. La posición de Guatemala sobre este punto es que las Demandantes han iniciado diversos procedimientos ante las cortes guatemaltecas respecto de dos medidas municipales que, según ellas, afectaron al Proyecto y que las Demandantes impugnaron las respectivas Actas mediante las cuales se materializaron las medidas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, por lo que debe estimarse que, al hacerlo, ya escogieron someter estas reclamaciones al foro doméstico.⁴⁵¹ Estas son:

- a) la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada por el Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas mediante el Acta 71-2019 del 22 de octubre de 2019 que, luego de ser recurrida por TRECSA, fue confirmada por el Acta 88-2019 del 7 de noviembre de 2019 del mismo Concejo y, posteriormente, recurrida sin éxito ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; y
- b) el supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala mediante el Acta Municipal 51-2019 del 6 de junio de 2019 que, luego de ser recurrida por TRECSA el 17 de septiembre de 2019 ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fue confirmada.

340. En consecuencia, Guatemala insiste en que las Demandantes no pueden presentar en este Arbitraje reclamaciones por las mismas medidas, pues ambas comparten la misma *base fundamental*.⁴⁵²

341. Las Demandantes rechazan que acudir a un tribunal local para impugnar un acto administrativo bajo derecho doméstico en Guatemala pueda considerarse como una elección definitiva de una vía bajo los términos de la “Cláusula de Elección Definitiva” del Artículo 12.22.2 del Tratado.⁴⁵³ En todo caso, señalan que, para que una elección de foro en este tipo de cláusulas sea definitiva, se tiene que cumplir con el *test de triple identidad*,

⁴⁵¹ Escrito de Objeciones, ¶¶ 84-90.

⁴⁵² Escrito de Objeciones, ¶ 84.

⁴⁵³ Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 215-217.

y no analizar solamente si comparten una *base fundamental*.⁴⁵⁴ Para la Demandada, no se trata de opciones, sino de condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes.⁴⁵⁵

342. El Tribunal llevará a cabo su interpretación conforme al Artículo 31 de la CVDT que exige que un tratado se interprete conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin. El Tribunal comienza su análisis con los términos de las disposiciones relevantes, esto es, la llamada “Clausula de Elección Definitiva”, contenida en el Artículo 12.22.2 del Tratado (Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes) que indica:

Una vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18 (5), la elección de uno u otro procedimiento será definitivo.

343. Por su parte, el Artículo 12.18.5 del Tratado (Sometimiento de una Reclamación) al que hace referencia la disposición antes transcrita establece opciones para el inversionista de dónde someter la controversia, en el supuesto de que no pueda resolverse su disputa después de un periodo de consulta y negociación.⁴⁵⁶
344. El Tribunal considera que los términos del Artículo 12.22.2: “*Una vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión ...*” sustentan una interpretación en el sentido que “*procedimiento ante un tribunal competente*” se refiere a un procedimiento local. Por otro lado, el Tribunal advierte que dicho Artículo no es explícito respecto a la naturaleza de los procedimientos de impugnación local. Sin embargo, una revisión del contexto de dicha disposición lleva a la conclusión que “un procedimiento” solo puede referirse al iniciado con base en una violación de los estándares previstos en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.

⁴⁵⁴ Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 223.

⁴⁵⁵ Transcripción Audiencia Jurisdicción, 85:12-18 (Silva Romero).

⁴⁵⁶ 5. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de nueve (9) meses contados a partir de la fecha de la comunicación escrita mencionada en el Artículo 12.17, la controversia podrá someterse, a elección del inversionista, a:

- (a) un tribunal de arbitraje ad-hoc que, salvo que las partes contendientes acordaren lo contrario, se establecerá de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del CNUDMI; o
- (b) el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; o
- (c) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI siempre que el demandado o la Parte del demandante, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI; o
- (d) un tribunal de arbitraje bajo otra institución de arbitraje o bajo otras reglas de arbitraje, acordados por las Partes.

345. En primer lugar, el texto completo del Artículo 12.22.2 señala: “*Una vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18 (5), la elección de uno u otro procedimiento será definitivo*” [énfasis añadido]. La referencia debe estar ligada a la parte inicial del inciso; es decir, cuando se refiere a la elección del procedimiento, presenta una opción al inversionista, pero entre (a) un procedimiento iniciado *ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión*, o (b) cualquiera de los procedimientos en donde el inversionista reclama ante un tribunal internacional una violación al Tratado o los principios de derecho internacional establecidos en el Artículo 12.18.5. Es decir, el Tribunal observa que el Artículo 12.22.2 prevé dos alternativas, y las identifica con la conjunción “o” para definir la opción, a saber, iniciar un procedimiento interno u someter una reclamación a arbitraje conforme al Tratado. Una lectura simétrica de ambas opciones solo puede llevar a la conclusión de que ambas opciones se refieren al mismo tipo de controversias, i.e., disputas relacionadas con el Tratado.
346. En segundo lugar, el Artículo 12.22.2 del Tratado debe leerse en relación con el Artículo 12.18.7 del Tratado, el cual establece:

Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

(a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y

(b) la solicitud de arbitraje esté acompañada:

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este Artículo; y

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este Artículo;

de cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo.

347. El Tribunal empieza por recordar que el Artículo 12.18 se refiere a “Sometimientto de una Reclamación”. Esto es, a los requisitos que debe cumplir un inversionista para iniciar un caso. Entre ellos, se encuentra la renuncia a “*iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo...cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo*” [énfasis añadido]. Una lectura armónica de los Artículos 12.22.2 y 12.18.7 lleva a la conclusión de que el Artículo 12.18.7 del Tratado incluye el requisito de acompañar con la solicitud de arbitraje “*la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este*

Artículo” (inciso (b)(i), así como “*las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este Artículo*” (inciso (b)(ii)), e, incluso, más adelante se refiere a “*cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo*”. [Énfasis añadido]

348. Es claro que el texto del Artículo 12.18.7 prevé el supuesto de que no exista ya un procedimiento iniciado por un inversionista reclamando las violaciones al Tratado. Por ello, se pide la renuncia a no iniciarlos ante un tribunal nacional. En segundo lugar, el Artículo 12.22.2 del Tratado se refiere al supuesto de un procedimiento ya iniciado respecto de las medidas que se estiman en violación de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado, en donde se estimará que el inversionista ya ha elegido el procedimiento.
349. Por ello, el requisito en virtud del Artículo 12.18.7(b) del Tratado de acompañar con la solicitud de arbitraje una renuncia a “iniciar cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo” debe ser entendido justamente como referido a reclamaciones derivadas de presuntas violaciones de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado..
350. En tercer lugar, interpretar que se refiere a cualquier procedimiento interno llevaría al resultado manifiestamente absurdo de obligar al inversionista a renunciar a cualquier impugnación interna como, por ejemplo, una reclamación laboral, a la hora de presentar una reclamación bajo el Tratado. Por ello, no tendría sentido incorporar en el Artículo 12.18.5 las disputas que los inversionistas pueden someter ante las cortes domésticas por violaciones al debido proceso interno de un Estado y aquellas que versen sobre la violación de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado. No podría tratarse de cualquier reclamación presentada ante un *tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión*, sino que debe ser una reclamación ante dicho tribunal competente, pero respecto de una la reclamación con igual identidad: una violación de los estándares previstos en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado. Solo de esta forma puede interpretarse esta disposición conforme al objeto y fin del Tratado, que es justamente la protección al inversionista ante violaciones a las normas de protección del propio Tratado.
351. En virtud de lo anterior, el Tribunal rechaza la objeción preliminar de la Demandada en relación con el Artículo 12.22.2 del Tratado, pues considera que la iniciación por parte de las Demandantes de los procedimientos ante las cortes guatemaltecas respecto de las dos medidas municipales referenciadas en este apartado no impide que las Demandantes puedan iniciar un arbitraje internacional por presuntas violaciones de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.

F). Respecto a si la legislación guatemalteca exige el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acciones bajo el Tratado

352. Esta objeción presentada por Guatemala se refiere a lo que describe como una “*cláusula escalonada*” prevista en el Artículo 12.18.1 del Tratado.⁴⁵⁷ Según Guatemala, para que las Demandantes tuviesen derecho a presentar un reclamo en este arbitraje en contra de un acto administrativo –como son las Medidas– las Demandantes debieron, antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, agotar la vía gubernativa o administrativa. Sin embargo, a pesar de que han presentado en este arbitraje reclamos en contra de actos administrativos, las Demandantes no agotaron la vía administrativa. Ello, a pesar de que la legislación guatemalteca así lo requiere.⁴⁵⁸
353. Las Demandantes rechazan esta objeción, y sostienen que la postura de Guatemala se basa en una “*lectura incompleta del Tratado*”, una “manipulación” de la legislación guatemalteca, y un “desconocimiento” de los principios de derecho internacional.⁴⁵⁹ El Tribunal llevará a cabo su interpretación conforme al Artículo 31 de la CVDT que, de nuevo, exige que un tratado se interprete conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin.
354. La objeción presentada se fundamenta en el Artículo 12.18.1 del Tratado, el cual establece:
- Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija. Dicho agotamiento en ningún caso podrá exceder un plazo de seis (6) meses desde la fecha de su iniciación por el inversionista y no deberá impedir que el inversionista solicite las consultas referidas en el párrafo 3 del presente Artículo.*
355. Conforme a la lectura de esta disposición, existen tres requisitos específicos para que se active la obligación de agotar la vía interna: (i) que se trate de actos administrativos; (ii) que la legislación de la Parte exija el agotamiento de esta vía; y (iii) que, en caso de que se haya iniciado el procedimiento interno, el mismo haya excedido seis meses.⁴⁶⁰
356. Ninguna de las Partes cuestiona que las medidas invocadas por las Demandantes sean actos administrativos. La cuestión por resolver es determinar si la legislación guatemalteca “exige” el agotamiento de recursos administrativos. No es inusual el que un tratado de protección a las inversiones establezca el derecho a dicho requerimiento, y varios han sido

⁴⁵⁷ Escrito de Objeciones, ¶ 98.

⁴⁵⁸ Escrito de Objeciones, ¶ 100.

⁴⁵⁹ Contestación a Objeciones, ¶¶ 240-241.

⁴⁶⁰ Dúplica sobre Objeciones, ¶¶ 375-376.

citados en el procedimiento.⁴⁶¹ Tampoco lo es que el tratado correspondiente así lo exija.⁴⁶² Guatemala añade que el Tratado impone el requisito, sin imponer ninguna acción adicional por parte del Estado.⁴⁶³ Sin embargo, el Tribunal debe determinar si, en este caso, la legislación guatemalteca exige dicho agotamiento.

357. Comenzamos con el término “exigir”, que significa: “*Pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho*”, “*Pedir, por su naturaleza o circunstancia, algún requisito necesario*”⁴⁶⁴. Esto es, al señalar que la legislación en cuestión “así lo exija”, significa que la legislación debe de manera imperativa incluir dicha obligación de agotar recursos.
358. Con base en la información presentada, el Tribunal no encuentra que dicho requisito obligatorio de agotamiento exista en la legislación guatemalteca. Las disposiciones citadas por Guatemala simplemente establecen una opción o procedencia de recursos contra actos administrativos.⁴⁶⁵ Ninguna de las disposiciones citadas tiene un requisito expreso de agotar algún recurso contra un acto administrativo.
359. Asimismo, el Tribunal advierte una inconsistencia en el argumento de Guatemala según el que resulta necesario agotar un recurso por la vía administrativa antes de iniciar una reclamación conforme al Tratado. Si fuere a ser correcta la postura de Guatemala en este sentido, entonces ese mismo requerimiento sería un obstáculo para que el inversionista fuere a acceder al arbitraje (sea o no por violaciones a la Sección A del Capítulo 12), ya que la propia Guatemala sostiene en su Objeción Preliminar relativa a la Cláusula de Elección de Vía que el hecho de haber presentado cualquier recurso por las mismas medidas sería un obstáculo pues el inversionista ya habría hecho una elección de foro.
360. En virtud de lo anterior, el Tribunal rechaza la objeción preliminar de la Demandada en relación con el Artículo 12.18.1 del Tratado y el requerimiento de agotamiento de la vía administrativa.

⁴⁶¹ Ver, por ejemplo, Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República de Uzbekistán sobre la Promoción y Protección de las Inversiones del 2011 (**RL-79**), Artículo 12.2; IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series, 1 de enero de 2017 (**CL-218**), pág. 9.

⁴⁶² Ver, por ejemplo, Acuerdo entre el Reino de España y la República de Argentina sobre Promoción y Protección de las Inversiones, 3 de octubre de 1991 (**CL-216**), Artículo X.3; Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña y el Norte de Irlanda y la República de Argentina para la Promoción y Protección de Inversiones, 11 de diciembre de 1990 (**CL-223**), Artículo 8.2.

⁴⁶³ Réplica sobre Objeciones, ¶ 264.

⁴⁶⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., versión 23.6 en línea. <<https://dle.rae.es/exigir?m=form>> 29 de octubre de 2023.

⁴⁶⁵ Véase, Presentación de Apertura de Guatemala, lámina 73.

V. COSTAS

361. La Demandada ha solicitado al Tribunal que “ordene a las Demandantes reembolsar íntegramente a Guatemala los costos en los que ha incurrido el Estado en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal, desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas y hasta la fecha de su pago efectivo”.⁴⁶⁶
362. En su Escrito sobre Costos presentado el 17 de octubre de 2023, Guatemala identificó los costos incurridos, y solicitó el reembolso de US\$ 1,621,606.12, más intereses “a una tasa razonable, desde el momento en que el Estado incurrió en dichos costos hasta la fecha de pago efectivo”.⁴⁶⁷
363. Por su parte, las Demandantes solicitaron del Tribunal que “[c]ondene a la República de Guatemala sufragar todos los costos asociados a las Objeciones Preliminares, incluyendo costos administrativos, honorarios profesionales, honorarios de abogados, y desembolsos relacionados”,⁴⁶⁸ ya que Guatemala “planteó Objeciones Preliminares a la jurisdicción del Tribunal, ocasionando una bifurcación del procedimiento que implicó más de 8 meses, dos rondas de escritos, una audiencia presencial en Washington D.C y un incremento consecuente de costos en virtud de la necesidad de la Demandante de defenderse de estas objeciones infundadas”.⁴⁶⁹
364. En su Escrito sobre Costos del 17 de octubre de 2023, las Demandantes identificaron los costos incurridos en US\$ 1,150,232.17, COP 25,000,831 y Q 11,168.77, más “los intereses correspondientes”,⁴⁷⁰ sin tomar en cuenta los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos.
365. Para resolver sobre las peticiones de las Partes, el Tribunal goza de facultades bajo el Artículo 12.23.7 del Tratado, que establece:

Cuando el Tribunal decida acerca de la objeción de un demandado de conformidad con los párrafos 4 ó 5, deberá, si se justifica, conceder a la parte contendiente vencedora, costas y honorarios de abogado razonables en que se haya incurrido al presentar la objeción u oponerse a ésta. Al determinar si dicho laudo se justifica, el Tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas, y concederá a las partes contendientes oportunidad

⁴⁶⁶ Escrito de Objeciones, ¶ 105(e); Réplica Sobre Objeciones, ¶ 282(d).

⁴⁶⁷ Escrito sobre Costos de Guatemala, ¶ 2.

⁴⁶⁸ Contestación a Objeciones, ¶ 274(b); Dúplica sobre Objeciones, ¶ 408(c).

⁴⁶⁹ Escrito sobre Costos de las Demandantes, pág. 1.

⁴⁷⁰ Escrito sobre Costos de las Demandantes, pág. 1.

razonable para presentar sus comentarios. En caso de una reclamación frívola el Tribunal deberá condenar en costas a la parte demandante.

366. El Tribunal goza igualmente de facultades amplias para determinar la asignación de costos bajo el Artículo 61(2) del Convenio CIADI, que establece:

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

367. Conforme a lo previsto por el Tratado, el Tribunal goza de cierta discrecionalidad para la asignación de costos también en esta etapa del proceso. Sin embargo, el Tribunal considera que, toda vez que mediante esta Decisión ha resuelto rechazar analizar en esta etapa procesal tres de las Objeciones Preliminares presentadas por Guatemala –por las razones que han quedado plasmadas en esta Decisión– resulta más adecuado esperar hasta la etapa de fondo para decidir sobre la asignación y distribución de los costos ahora incurridos por las Partes. Será entonces cuando el Tribunal examinará la procedencia de las objeciones a la jurisdicción del Tribunal conjuntamente con las reclamaciones de fondo y contará con los elementos de decisión que permitan valorar adecuadamente la distribución de los costos incurridos en el arbitraje.

VI. DECISIÓN

368. Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal resuelve lo siguiente:

- (1) Respecto de las Objeciones Preliminares bajo el Artículo 12.18.4 del Tratado (si las reclamaciones son de naturaleza puramente contractual y si el Tribunal tiene jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad), el Tribunal decide unirlas con el fondo.
- (2) Respecto de la Objeción Preliminar bajo el Artículo 12.18.4 del Tratado relacionada con supuestas violaciones de las cláusulas paraguas derivadas del trato de NMF contenido en el Artículo 12.6 del Tratado, el Tribunal acoge la objeción y determina que no es posible importar las cláusulas paraguas bajo los tratados referenciados a través de la Cláusula de NMF y por tanto carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la violación de dichas cláusulas.
- (3) Respecto de la Objeción Preliminar bajo el Artículo 12.21.1 del Tratado (si los reclamos de las Demandantes han prescrito), el Tribunal decide unirla con el fondo.

- (4) Respecto de la Objeción Preliminar bajo el Artículo 12.22.2 del Tratado (si las Demandantes iniciaron procedimientos bajo el Tratado ante las cortes guatemaltecas), el Tribunal la rechaza.
- (5) Respecto de la Objeción Preliminar bajo el Artículo 12.18.1 del Tratado (si las Demandantes debieron haber agotado la vía administrativa previamente), el Tribunal la rechaza.
- (6) Respecto a los costos, el Tribunal difiere su decisión bajo el Artículo 12.23.7 del Tratado hasta la decisión sobre los temas de fondo que surgen de los reclamos de las Demandantes.



Sr. Alexis Mourre
Árbitro
Fecha: 23 de noviembre de 2023



Prof. Ricardo Ramírez
Árbitro
Fecha: 23 de noviembre de 2023



Sr. Eduardo Siqueiros T.
Presidente del Tribunal
Fecha: 23 de noviembre de 2023