

**Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.**

y

**Transportadora de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima**

*Demandantes*

**c.**

**República de Guatemala**

*Demandada*

(Caso CIADI No. ARB/20/48)

**CONTESTACIÓN A OBJECIONES PRELIMINARES**

*Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima c. República de Guatemala*

(Caso CIADI No. ARB/20/48)

## **Contestación a Objeciones Preliminares**

### Índice Maestro

- **Escrito de Contestación a Objeciones Preliminares**
  
- **Apéndices**
  - Apéndice 1: Medidas Municipales (actualización)
  - Apéndice 2: Contestación a supuestas “violaciones pre-fechas críticas”
  - Apéndice 3: Tratados de protección de inversiones suscritos por Guatemala
  
- **Pruebas Documentales**
  
- **Fuentes Legales**

## **Contestación a Objeciones Preliminares**

### Índice

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>LAS DÉBILES OBJECIONES DE GUATEMALA FRACASAN ANTE EL EXTENSO RECLAMO DE LAS DEMANDANTES .....</b>	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>GUATEMALA INCUMPLE EL ESTÁNDAR APLICABLE, PLANTEANDO CUESTIONES DE FONDO .....</b>	<b>10</b>
<b>IV.</b>	<b>LAS OBJECIONES DE GUATEMALA SON INFUNDADAS BAJO EL TRATADO Y LA JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>13</b>
<b>A.</b>	<b>Las Demandantes no impugnan conductas prescriptas bajo el Tratado .....</b>	<b>13</b>
<b>B.</b>	<b>Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado .....</b>	<b>24</b>
1.	Este arbitraje tiene origen en violaciones del Tratado .....	26
a.	La jurisdicción del Tribunal no se ve limitada por existir un contrato .....	27
b.	En fase jurisdiccional, los tribunales no necesitan confirmar si existe un acto soberano .....	29
c.	En cualquier caso, las medidas en cuestión son actos de poder público, conforme al derecho administrativo .....	37
d.	Las medidas en cuestión son consistentes con actos soberanos en la jurisprudencia internacional .....	42
2.	El Tribunal puede pronunciarse sobre las violaciones de cláusulas paraguas por medio de la cláusula NMF .....	56
3.	El Tribunal tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la violación al TJE causada por la conducta judicial .....	73
<b>C.</b>	<b>Las Demandantes no han planteado acciones bajo el Tratado ante cortes locales ...</b>	<b>82</b>
<b>D.</b>	<b>La legislación guatemalteca no exige el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acciones bajo el Tratado .....</b>	<b>94</b>
<b>V.</b>	<b>PETITORIO .....</b>	<b>105</b>

*Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima c. República de Guatemala*

(Caso CIADI No. ARB/20/48)

## **Contestación a Objeciones Preliminares**

1. De conformidad con lo dispuesto en la Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 2022, la comunicación del Tribunal del 12 de abril de 2023 y las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Grupo Energía Bogotá, S.A. E.S.P. (en adelante, el “**GEB**”) y Transportadora de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima, (en adelante, “**TRECSA**” y, conjuntamente con el GEB, las “**Demandantes**”) presentan esta Contestación a las Objeciones Preliminares (las “**Objeciones Preliminares**”) en el arbitraje frente a la República de Guatemala (en adelante, “**Guatemala**”, el “**Estado**” o la “**Demandada**” y, junto con las Demandantes, las “**Partes**”), al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, suscrito en Medellín, Colombia, el 9 de agosto de 2007 (el “**Tratado**” o el “**Tratado del Triángulo Norte**”).<sup>1</sup>

### **I. Introducción**

2. Como se describe en el Memorial de Demanda, este caso se refiere a medidas ilegales, arbitrarias y discriminatorias de Guatemala implementadas por 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 historia de Guatemala, que contemplaba la ampliación de la red de transmisión eléctrica a todo el país para hacer llegar la energía eléctrica a las regiones más remotas e históricamente abandonadas.

3. En efecto, como se explicó en el Memorial, después de haber emprendido profundas reformas para liberalizar la economía y el sector eléctrico, Guatemala solicitó y promovió inversiones en este Proyecto para subsanar la crisis que atravesaba el sistema de transmisión de energía eléctrica. Así, en el marco de la licitación correspondiente, Guatemala otorgó promesas y garantías específicas con relación a: (i) el apoyo que el Estado prestaría al Proyecto para su adecuado desarrollo; (ii) la duración del plazo de construcción del Proyecto y, en consecuencia, el horizonte de tiempo en que las Demandantes recuperarían su inversión; y (iii) la responsabilidad del Estado de resarcir al inversionista los costos y gastos adicionales

---

<sup>1</sup> Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, del 9 de agosto de 2007 (“Tratado”) (C-1).

que incurriese a causa de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, así como por valores invertidos para la constitución de servidumbres necesarias para las Obras del Proyecto PET-01-2009 (“**Proyecto PET**” o “**Proyecto**”) que superasen los valores referenciales máximos establecidos por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (“**CNEE**”) en las Bases de Licitación.

4. Sin embargo, Guatemala incumplió sus promesas y desconoció arbitraria e injustificadamente las garantías otorgadas para inducir la inversión, a través de una serie de medidas y omisiones del aparato estatal. En su Memorial de Demanda, las Demandantes describieron el amplio espectro de medidas del Estado guatemalteco que han retrasado, e incluso bloqueado el Proyecto PET por más de una década, y evitado en forma injusta y arbitraria la compensación a las Demandantes por los enormes daños y pérdidas que han sufrido. Las Demandantes han requerido de un apéndice independiente a su Memorial solo para repasar en detalle las arbitrariedades sufridas a manos de más de 30 municipalidades a lo largo y ancho del territorio guatemalteco. Esto ha incluido decenas de medidas en violación de las garantías ofrecidas por el propio Estado, y en violación del Tratado. Estas medidas municipales se vieron agravadas por la conducta de la Corte de Constitucionalidad, al declarar inconstitucional el Acuerdo Gubernativo que requería el apoyo de esas mismas municipalidades al Proyecto PET, sin siquiera permitir la intervención de TRECSA en el proceso correspondiente. Y, por si todo esto fuera poco, las violaciones del Estado a sus obligaciones internacionales culminaron con una serie de medidas administrativas por parte de diversas entidades del Poder Ejecutivo – incluyendo notablemente el Ministerio de Energía y Minas (“**MEM**”) y la CNEE – las cuales, a través de procesos administrativos caprichosos y arbitrarios, cercenaron la posibilidad de que las Demandantes pudiesen ser indemnizadas por todos los daños y perjuicios anteriores, resultantes de la conducta estatal.

5. El vasto alcance de la conducta ilegítima del Estado guatemalteco representa un catálogo inmenso de injusticias, las cuales, como las Demandantes han explicado, deben verse como un conjunto. El Estado falló en múltiples niveles, a lo largo de varios años, con el involucramiento de múltiples entidades, múltiples municipalidades, y su máximo tribunal, causando enormes daños. Existen pocos antecedentes en la jurisprudencia de inversiones en Latinoamérica de un conjunto de actos tan expansivo de violaciones de un tratado de protección de inversiones, con un impacto tan dramático en el resultado de un proyecto de infraestructura: más de diez años de atraso, US\$400 millones en pérdida del valor de la inversión. Es por ello que las Demandantes manifestaron al inicio de su Memorial de Demanda que “[l]a presente disputa

ilustra el tipo exacto de asuntos que requieren el amparo de un tratado internacional de protección de inversiones, y el motivo por el que es trascendental proteger dicho sistema en la región latinoamericana”.<sup>2</sup>

6. En un intento por eludir su responsabilidad internacional frente al “monstruo” de conducta estatal que es objeto de este arbitraje, Guatemala plantea seis Objeciones Preliminares, organizadas en cuatro categorías, que buscan fragmentar y reescribir el caso de las Demandantes. Tanto la diversidad de las objeciones planteadas, como la falta de sustento de las mismas, exponen la fragilidad de la postura de Guatemala. Como demuestran las Demandantes a lo largo de este escrito:

- Las Demandantes no impugnan conductas prescritas bajo el Tratado;
- Las Demandantes impugnan conductas en violación del Tratado, no meros incumplimientos contractuales;
- Las Demandantes sí pueden invocar la protección otorgada por cláusulas paraguas en otros tratados suscritos por Guatemala;
- Las Demandantes sí pueden invocar estándares del Tratado distintos a la denegación de justicia en relación con conductas judiciales del Estado;
- Las Demandantes no han planteado acciones ante cortes locales que limiten o afecten la protección que les otorga el Tratado; y
- Las Demandantes no necesitan satisfacer requisito alguno de “agotamiento de recursos” para beneficiarse de la protección del Tratado.

7. Irónicamente, Guatemala sostiene que “la presente disputa ilustra... el tipo exacto de asunto que requiere que el Tribunal aplique de manera estricta lo negociado y acordado por los Estados contratantes en un tratado específico en el que se dispusieron reglas estrictas para evitar, precisamente, el abuso del arbitraje de inversiones que las Demandantes quieren perpetrar”.<sup>3</sup> Sin embargo, luego de acusar a las Demandantes de abusar del Tratado, Guatemala procede a hacer exactamente eso, fraguando unas objeciones que caracterizan incorrectamente los reclamos de las Demandantes, malinterpretan y desconocen los términos del Tratado, y plantean cuestiones de fondo que no corresponden a una fase de objeciones preliminares. A título de ejemplo:

8. *Caracterización incorrecta de los reclamos de las Demandantes.* En su objeción preliminar sobre prescripción, Guatemala señala como prescritas 36 conductas del Estado. Sin embargo, 29 de esas 36 conductas ni siquiera son medidas impugnadas como violaciones del Tratado por las

---

<sup>2</sup> Memorial de Demanda del 24 de febrero de 2023 (“Memorial de Demanda”) ¶ 2.

<sup>3</sup> Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala del 10 de abril de 2023 (“Objeciones Preliminares”) ¶ 13.

Demandantes, sino que fueron proporcionadas como antecedentes fácticos relevantes de la conducta municipal del Estado guatemalteco. Esto se destaca del Apéndice 1 del Memorial de Demanda, donde se detallaron los antecedentes y hechos relevantes, y luego se especificaron las medidas concretas que estaban siendo atacadas en el arbitraje.<sup>4</sup> Con respecto a las demás medidas, Guatemala calcula erróneamente la fecha de inicio del plazo de prescripción. De manera similar, en su objeción sobre denegación de justicia, Guatemala dice que debe plantearse un reclamo de denegación de justicia para poder impugnarse actos judiciales. Esta objeción ignora el hecho de que las Demandantes sí plantean abierta y detalladamente un reclamo de denegación de justicia con respecto al único acto judicial que se impugna como violación del Tratado en este arbitraje. Asimismo, en su objeción sobre elección de vía, Guatemala indica que las Demandantes supuestamente escogieron la vía judicial para cuatro conductas del Estado. Sin embargo, dos de esas conductas ni siquiera son medidas impugnadas como violaciones del Tratado. En síntesis, Guatemala distorsiona el caso de las Demandantes para expandir sus propias objeciones.

9. ***Desconocimiento de los términos del Tratado.*** En su objeción sobre agotamiento de la “vía gubernativa o administrativa” local, Guatemala pasa por alto que la disposición relevante del Tratado requiere dicho agotamiento *solo* cuando “la legislación de la Parte así lo exija”. Consciente de que la legislación guatemalteca no prevé ningún requisito de este tipo para la interposición de arbitrajes internacionales, Guatemala pretende importar el requisito sobre agotamiento de recursos que la legislación guatemalteca prevé para la presentación de una *acción contencioso-administrativa* en Guatemala. Desde luego, este arbitraje internacional no es una acción contencioso-administrativa en Guatemala y el requisito referido por Guatemala no guarda relación alguna con el presente arbitraje. De manera similar, en su objeción sobre elección de vía, Guatemala sostiene que la disposición relevante del Tratado impide cualquier tipo de acción local relativa a la medida en cuestión, pese a que esto no es lo que establece dicha disposición y que, en cambio, sí existe una cláusula de renuncia de acciones locales con la redacción que Guatemala pretende darle a la cláusula de elección de vía. Luego, con respecto a la objeción sobre la incorporación de cláusulas paraguas por medio de la cláusula de NMF, Guatemala recurre a una reserva de derechos con relación a la vigencia continua de medidas adoptadas bajo otros tratados, pese a que dicha reserva nada tiene que ver con el trato que reclaman para sí las Demandantes. En síntesis, Guatemala distorsiona diversas cláusulas del Tratado para sostener artificialmente sus objeciones.

---

<sup>4</sup> En cualquier caso, y para mayor claridad, las Demandantes adjuntan al presente escrito una versión actualizada del Apéndice 1 del Memorial de Demanda, incluyendo, en las descripciones fácticas, encabezados para los “Antecedentes” y “Medidas Concretas del Estado”, y aclarando las localidades que se incluyeron solo a título de antecedentes.

10. **Planteamiento de cuestiones de fondo.** Guatemala dice en su escrito de Objeciones Preliminares que “se abstiene de controvertir los alegatos de hecho comprendidos en la Demanda y sus anexos”<sup>5</sup> conforme al estándar establecido en el Tratado, el cual limita las objeciones presentes a “cuestión[es] de derecho”.<sup>6</sup> Sin embargo, ante la evidente falta de argumentos, prácticamente en cada una de sus Objeciones Preliminares, Guatemala plantea cuestiones fácticas o de fondo, que no corresponden a la presente fase. Por ejemplo, la objeción sobre supuestos reclamos contractuales requeriría indefectiblemente que el Tribunal analice las diferentes conductas del MEM que se relacionan con esta objeción a la luz de los documentos, testimonios y pericias, para determinar, finalmente, que se trató de conductas que trascendieron la de una mera contraparte contractual.

11. A modo de ejemplo, una entidad privada no podría emitir una resolución ministerial que disponga una serie de modificaciones unilaterales a un contrato “bajo apercibimiento”. Una entidad privada no podría modificar unilateralmente los derechos y obligaciones de la otra parte. Una entidad privada no podría llevar adelante un procedimiento administrativo tarifado y denegar, resolución administrativa mediante, un reajuste del Canon Anual al amparo de otras normas administrativas. Estas determinaciones, que incluyen aspectos de derecho guatemalteco (que son temas fácticos en este arbitraje) no corresponden a la presente etapa. En síntesis, Guatemala distorsiona las premisas de sus propias objeciones para disimular que se tratan de cuestionamientos de fondo.

12. Es evidente que Guatemala ha planteado Objeciones Preliminares solo porque el Tratado le permitía hacerlo, sin medir la razonabilidad y peso de estas objeciones y, con ello, dilatando y encareciendo el presente arbitraje. No es aceptable, por ejemplo, que Guatemala alegue que “el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos, 36 conductas” del Estado,<sup>7</sup> o que “al menos 5 de los 10 reclamos de las Demandantes bajo la cláusula paraguas constituyen reclamos puramente contractuales”,<sup>8</sup> o que “el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos, las siguientes cuatro medidas”,<sup>9</sup> o que “las Demandantes no agotaron dicha vía para, al menos, 18 actos administrativos”.<sup>10</sup> No es el rol de las Demandantes descifrar las objeciones de Guatemala, o suplirlas. Si la Demandada no estaba lista para formular correctamente sus objeciones, podía haberlo hecho más acabadamente junto con su escrito de fondo. El escrito de Objeciones Preliminares no debió haber sido un mero “placeholder” para ganar tiempo en la preparación de su defensa.

---

<sup>5</sup> *Ídem* ¶ 4.

<sup>6</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.23.5.

<sup>7</sup> Objeciones Preliminares ¶ 23 (énfasis añadido).

<sup>8</sup> *Ídem* ¶ 66 (énfasis añadido).

<sup>9</sup> *Ídem* ¶ 84 (énfasis añadido).

<sup>10</sup> *Ídem* ¶ 104 (énfasis añadido).

Las Demandantes se reservan todos sus derechos en cuanto al debido proceso en caso de que Guatemala varíe sus objeciones en su siguiente escrito.

13. Además de lo anterior, y como se verá a lo largo del presente escrito, la Demandada ha hecho uso inadecuado de las fuentes jurídicas, especialmente la jurisprudencia internacional, con citas selectivas o incompletas, y en varios casos distorsionando la relevancia misma o los hallazgos de esos casos. A título de ejemplo, en el caso de la Objeción Preliminar sobre agotamiento de la vía gubernativa, Guatemala sostiene que el tribunal en el caso de *AFC c. Colombia* interpretó “una cláusula similar” a la del Tratado del Triángulo Norte.<sup>11</sup> Nótese la redacción oblicua; es que el tribunal en el caso *AFC* efectivamente interpretó una cláusula similar, pero lo que no menciona la Demandada es que dicho tribunal no interpretó la parte de la cláusula sobre agotamiento de la vía gubernativa. Este tipo de referencias injustas ha obligado a las Demandantes a tener que explicar y abordar las fuentes citadas por Guatemala, absorbiendo un ingente esfuerzo en este escrito.

14. La conducta procesal de Guatemala no debe ser tolerada, precisamente porque es parte de un patrón. Cuando las Demandantes concedieron a Guatemala *dos* suspensiones del arbitraje para buscar llegar a un acuerdo, Guatemala ni siquiera aceptó un acuerdo de confidencialidad, y mucho menos otorgó una concesión que limitara el alcance de la compensación reclamada en este arbitraje. Cuando las Demandantes plantearon dos solicitudes de arbitraje y buscaron acumularlas conforme al Tratado, Guatemala objetó ante el CIADI, y fracasó. Y ahora, cuando Guatemala presenta unas Objeciones Preliminares a medias y mal concebidas para extender el arbitraje por meses, ellas deben ser rechazadas para que finalmente se pueda hacer justicia ante las injusticias titánicas y continuas cometidas por el Estado.

15. En definitiva, sin plantear ningún argumento serio y razonable, las Objeciones Preliminares de Guatemala dilatan y encarecen innecesariamente el proceso, en perjuicio de las Demandantes. Por lo anterior, las Demandantes solicitan del Tribunal que tenga en cuenta la actitud de Guatemala no sólo a efectos de denegar las objeciones preliminares de las Demandantes, sino también al momento de asignar las costas del procedimiento.<sup>12</sup>

\* \* \*

---

<sup>11</sup> *Ídem* ¶ 98.

<sup>12</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.23.7 (“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”).

## **II. Las débiles objeciones de Guatemala fracasan ante el extenso reclamo de las Demandantes**

16. Las Demandantes detallaron en su Memorial de Demanda, los hechos fundamentales que han conllevado al presente arbitraje. Durante la década de los noventas, Guatemala emprendió reformas para liberalizar su economía y subsanar las necesidades históricas de su sector eléctrico, deficiente y rezagado. Para atraer inversiones privadas que permitieran satisfacer las necesidades urgentes del sector eléctrico y del país, Guatemala implementó una profunda transformación del marco regulatorio de dicho sector y adoptó un ambicioso plan de privatización de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Sin embargo, esta primera ola de privatizaciones fue insuficiente para subsanar la crisis del sistema de transmisión de energía eléctrica y hacer llegar la energía eléctrica al pueblo guatemalteco.

17. En este contexto, en el año 2007, Guatemala emitió nuevas reformas y adoptó un ambicioso Plan de Expansión del Sistema del Transporte para llevar energía eléctrica a las zonas más remotas del país. Para financiar dicho plan, en el año 2009, Guatemala lanzó una licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica a través del Proyecto PET, y promocionó dicha licitación en varios países, incluyendo Colombia.

18. Consciente de la necesidad de ofrecer protecciones y garantías específicas a los inversores, el Estado adoptó medidas expresamente diseñadas para inducir dichas inversiones. Específicamente, el Estado otorgó una serie de promesas y garantías (que constituyeron expectativas legítimas), incluyendo con relación: (i) al apoyo que otorgaría al proyecto, (ii) su duración, y (iii) la compensación adicional que otorgaría al adjudicatario para resarcir los eventuales montos adicionales que tuviese que invertir, entre otros, a causa de demoras en la obtención de los permisos y constitución de servidumbres indispensables a la ejecución del Proyecto.

19. El GEB, una multilatina colombiana de primera línea en el sector de energía eléctrica, vio una oportunidad de inversión en Guatemala. En consideración de las garantías específicas ofrecidas por el Estado, respondió a las solicitudes de inversión de Guatemala, decidió apostarle al país e invertir en uno de los proyectos de infraestructura más grandes de la región. El GEB, a través de su filial guatemalteca TRECSA, invirtió cientos de millones de dólares en el país, logrando traer energía eléctrica a áreas históricamente desconectadas.

20. Sin embargo, los mejores esfuerzos de las Demandantes se han visto afectados e incluso impedidos por numerosas actuaciones y omisiones ilegítimas del aparato estatal guatemalteco. En su

Memorial de Demandada, las Demandantes explicaron exhaustivamente las diferentes facetas de la conducta tentacular del Estado, a través de sus diferentes entes y poderes, que golpeó y afectó múltiples frentes del Proyecto. Estas violaciones de Guatemala a las garantías de apoyo ofrecidas para atraer la inversión de las Demandantes, impidieron que éstas pudiesen ejecutar el Proyecto en el plazo previsto, causando severas dilaciones e interrupciones a las obras que generaron cuantiosos costos adicionales, financieros y de otra índole. El Proyecto PET, que debía completarse en 38 meses, ha requerido más de 10 años de obra y millones de dólares de pérdida a la inversión y, a la fecha, no ha podido finalizarse pese a los mejores esfuerzos de las Demandantes.

21. Para colmo de males, Guatemala también incumplió, de forma injusta y arbitraria, las garantías de compensación comprometidas con las Demandantes, con relación a los enormes daños y pérdidas sufridos por las medidas y atrasos atribuibles al Estado. En efecto, cuando TRECSA solicitó el resarcimiento de los costos adicionales incurridos como consecuencia de la conducta estatal, el MEM y la CNEE hicieron malabares para impedir que las Demandantes pudiesen recibir la compensación que en derecho les correspondía, plagando los procesos administrativos correspondientes de arbitrariedades procesales y sustantivas.

22. En particular y para reiterar: 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, 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:

- **Conducta municipal:** En su Memorial, las Demandantes explicaron que las municipalidades obstaculizaron continua y reiteradamente el avance del Proyecto, mediante negativas y revocaciones injustificadas de los permisos indispensables a la ejecución del proyecto, requiriendo sumas exorbitantes para otorgarlos, y alimentando la oposición social al Proyecto. Como se adelantaba, las Demandantes identificaron en el Apéndice I del Memorial de Demanda las arbitrariedades perpetradas por 36 municipalidades a lo largo y ancho del territorio guatemalteco, muchas de los cuales, como también se explicó, fueron incluso reconocidas por el Gobierno nacional.
- **Conducta judicial:** En su Memorial, las Demandantes explicaron que 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 TRECSA la oportunidad de participar en dicho proceso judicial, en violación del debido proceso y de los más fundamentales derechos de defensa.

- **Conducta administrativa:** En su Memorial, las Demandantes explicaron que, 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 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 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; (iv) demoras en el pago efectivo del Canon Anual; (v) la omisión del MEM de realizar consultas indígenas; (vi) y la cancelación arbitraria de compensación respecto de Obras excluidas.

23. Ante la inmensidad de la conducta estatal impugnada, la Demandada en sus Objeciones Preliminares ha adoptado una estrategia de fragmentación. Claramente 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.

24. Como se demuestra a continuación, **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. Basta con leer el caso afirmativo de las Demandantes en su Memorial de Demandada para notar que las objeciones apuntan a hechos periféricos – y no a las medidas del Estado efectivamente impugnadas – así como a supuestos requisitos legales bajo derecho doméstico – que son inaplicables y sin relación alguna con el derecho internacional. Además, y en el mejor de los casos, las objeciones de Guatemala se relacionan con cuestiones de hecho y derecho que van más allá del estándar aplicable a la presente fase procesal y corresponden a la etapa de fondo.

25. En suma, 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. Esta estrategia también es consistente con el historial de casos de inversión de Guatemala que demuestra que las objeciones a la jurisdicción y las solicitudes de bifurcación relacionadas son parte esencial de su estrategia de defensa en los arbitrajes sustanciados conforme a un tratado, al margen de toda consideración sobre el fondo o razonabilidad de las mismas.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23; *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5; *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI

### III. Guatemala incumple el estándar aplicable, planteando cuestiones de fondo

26. Guatemala plantea seis objeciones preliminares bajo el Artículo 12.23.5 del Tratado, para ser decididas de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 12.23.6 del mismo. El Artículo 12.23.6 establece que “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”.<sup>14</sup> Por su parte, el párrafo 5 de dicho Artículo establece lo siguiente:

[U]n 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.... 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.... El Tribunal podrá considerar también **cualquier hecho pertinente que no esté en disputa**.<sup>15</sup>

27. En tal sentido, el calendario procesal expedito requiere que las objeciones preliminares se sustancien en un plazo de seis meses a partir de su planteamiento,<sup>16</sup> confirmando que el procedimiento establecido por el Artículo 12.23.6 del Tratado atañe a objeciones basadas en cuestiones de derecho evidentes, que no requieren de un examen fáctico o de fondo. Este procedimiento es inadecuado para dirimir objeciones que involucren cuestiones de hecho complejas o cuestiones de derecho que requieran un análisis de hechos o de derecho profundo.

28. El alto estándar aplicable para desestimar reclamos en una fase de objeciones preliminares ha sido confirmado ampliamente en la jurisprudencia internacional. El tribunal en *Pac Rim c. El Salvador* consideró objeciones preliminares planteadas por el Estado bajo el procedimiento expedito previsto en el DR-CAFTA, el cual es similar al previsto en el Artículo 12.23.6 del Tratado.<sup>17</sup> En ese caso, El Salvador alegaba, respecto de una parte de los reclamos sometidos al arbitraje, que no se podía “dictar un laudo

---

No. ARB/10/23; *Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43; *Energía y Renovación Holding, S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/21/59.

<sup>14</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.23.6.

<sup>15</sup> *Ídem*, Artículo 12.23.5 (énfasis añadido).

<sup>16</sup> *Ídem*, Artículo 12.23.6.

<sup>17</sup> *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 (“*Pac Rim c. El Salvador* (Objeciones Preliminares)”) (CL-132); DR-CAFTA, 5 de agosto de 2004 (CL-133), Artículo 10.20.4 (“Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de 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 10.26”).

favorable para el demandante”,<sup>18</sup> y para el resto de los reclamos, que la demandante había activado la cláusula de “*fork in the road*” del tratado,<sup>19</sup> que es también una de las Objeciones Preliminares de Guatemala. En cuanto al estándar aplicable, indicó que, por la propia naturaleza expedita del procedimiento, éste “is clearly intended to avoid the time and cost of a trial”, por lo que “there can be no evidence from the respondent contradicting the assumed facts alleged”.<sup>20</sup> Asimismo, el tribunal notó que decidir sobre objeciones preliminares en este tipo de procedimientos acelerados no debe implicar la necesidad de “address at length complex issues of law”, así como “complex questions of fact or mixed questions of law and fact”,<sup>21</sup> ni conducir a un “mini-trial”.<sup>22</sup> Por ello, el tribunal rechazó las objeciones preliminares planteadas por El Salvador, pues planteaban cuestiones que no podían “at present be decided finally in favor of the Respondent”, incluyendo porque implicaban “questions as to the interpretation of the [domestic law]” y “questions of fact or mixed questions of law and fact”.<sup>23</sup>

29. En este mismo sentido, tribunales internacionales decidiendo sobre objeciones presentadas bajo el procedimiento expedito previsto en el Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje del CIADI (el cual comparte el objetivo y propósito del Artículo 12.23.6 del Tratado), han decidido reiteradamente que este tipo de procedimientos no están diseñados para analizar y decidir cuestiones legales complejas o hechos controvertidos. Por ejemplo, en *PNG c. Papúa Nueva Guinea*, el tribunal consideró que el procedimiento expedito “is not intended to resolve novel, difficult or disputed legal issues, but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts”.<sup>24</sup> Asimismo, en *Álvarez c. Panamá*, el tribunal determinó que “[a] dispute on the factual matrix” “cannot be settled through an expedited procedure”, pues “it is rather appropriate and in accordance with the Arbitral Rules that such dispute is claimed, proved and decided through a fully-pledged procedure with its corresponding judicial guarantees”.<sup>25</sup> En esta misma línea, el tribunal en *Trans-Global c. Jordania* decidió que “[a]t this early

---

<sup>18</sup> *Pac Rim c. El Salvador* (Objeciones Preliminares) (CL-132) ¶¶ 63-64.

<sup>19</sup> *Ídem* (CL-132) ¶ 65.

<sup>20</sup> *Ídem* (CL-132) ¶ 112.

<sup>21</sup> *Ídem* (CL-132) ¶ 112.

<sup>22</sup> *Ídem* (CL-132) ¶ 107.

<sup>23</sup> *Ídem* (CL-132) ¶ 246.

<sup>24</sup> *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea*, Caso CIADI No. ARB/13/33, Decisión sobre Objeciones de la Demandada bajo la Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje del CIADI, 28 de octubre de 2015 (CL-134) ¶ 89.

<sup>25</sup> *Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/15/14, Decisión sobre Objeción Preliminar de la Demandada, 4 de abril de 2016 (CL-135) ¶ 96.

stage of these proceedings, without any sufficient evidence, the Tribunal is in no position to decide disputed facts alleged by either side in a summary procedure”.<sup>26</sup>

30. En su escrito, Guatemala reconoce este estándar y alega que, supuestamente, en sus objeciones “se abstiene de controvertir los alegatos de hecho comprendidos en la Demanda y sus anexos, reservándose expresamente su derecho a hacerlo, de ser necesario, en el momento procesal oportuno”.<sup>27</sup> Sin embargo, como se verá a lo largo del presente escrito, en cada una de las objeciones planteadas, Guatemala parte de hechos controvertidos o se niega a aceptar como ciertos los hechos presentados por las Demandantes en este arbitraje.

31. Así, por ejemplo, la objeción de Guatemala sobre supuestos reclamos contractuales inevitablemente requiere que el Tribunal prejuzgue sobre la naturaleza de distintas Medidas del Estado, a la luz de la evidencia sobre la conducta estatal, los actos realizados por el Estado en torno a las medidas específicas, y aspectos de derecho guatemalteco (que son cuestiones fácticas para los fines del presente caso).<sup>28</sup> De manera similar, la objeción sobre elección de vía, o *fork in the road*, inevitablemente requiere que el Tribunal estudie expedientes de procesos locales para desentrañar las múltiples diferencias con el presente arbitraje. Asimismo, la objeción de prescripción 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.

32. Analizar cualquiera de estas cuestiones en una instancia preliminar conduciría inevitablemente a un análisis prematuro, innecesario y duplicado que involucraría muchas de las mismas cuestiones, documentos, testigos y peritos que deberán ser tomados en consideración en el análisis del fondo. Este análisis implicaría costos y tiempos injustificados y aumentaría el riesgo de que el Tribunal prejuzgue una cuestión de fondo en la etapa jurisdiccional sin contar con la totalidad de la información

---

<sup>26</sup> *Trans-Global Petroleum Inc. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/07/25, Decisión sobre la Objeción de la Demandada bajo la Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje del CIADI, 12 de mayo de 2008 (CL-136) ¶ 97.

<sup>27</sup> Objeciones Preliminares ¶ 4.

<sup>28</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries (2001) (“ILC Articles & Commentary”) (CL-214), Artículo 3, Comentario 7 (“[I]t will be seen on analysis that either the provisions of internal law are relevant as facts in applying the applicable international standard”); *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No. 7 (1926) (CL-221), págs. 4, 19 (“From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures”); *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2012-16, Laudo Parcial Final, 6 de mayo de 2016 (“*Murphy c. Ecuador* (Laudo Parcial)”) (CL-222) ¶ 361 (“In the Tribunal’s view... municipal law in an international law context is treated as a fact”).

necesaria para el análisis del fondo – particularmente considerando que la propia Demandada ni siquiera ha presentado su caso sobre el fondo.

33. Por tanto, las objeciones planteadas no sólo carecen de mérito, sino que también es improcedente decidir sobre ellas en esta fase, como se verá en más detalle a continuación.

## **IV. Las objeciones de Guatemala son infundadas bajo el Tratado y la jurisprudencia**

34. En su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala no cuestiona que, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio CIADI:<sup>29</sup> (i) el GEB es un nacional de un Estado Contratante que demanda a otro Estado Contratante; (ii) el GEB efectuó inversiones en el territorio de la Demandada y la disputa surgió directamente de dichas inversiones; y (iii) la controversia planteada ante el Tribunal es de naturaleza jurídica.<sup>30</sup> 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 9 meses de negociación y consultas en las que no fue posible llegar a un acuerdo,<sup>31</sup> y 90 días después de haber notificado a Guatemala la intención de hacerlo.<sup>32</sup> Está confirmado que, en este arbitraje, hay un inversor y una inversión bajo el Tratado.

35. Ante estos hechos incontestables y no controvertidos, 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. No obstante, a continuación, se desarrollan los argumentos que prueban que cada una de las objeciones preliminares carece de mérito, por lo que deben ser rechazadas en su totalidad.

### **A. Las Demandantes no impugnan conductas prescriptas bajo el Tratado**

36. En su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala alega que el Tribunal “carece de jurisdicción sobre los reclamos que han prescrito de conformidad con el Tratado”,<sup>33</sup> en referencia a su

---

<sup>29</sup> Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 14 de octubre de 1966 (“Convenio CIADI”), Artículo 25(1).

<sup>30</sup> *Ver, en general*, Objeciones Preliminares.

<sup>31</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.18.5.

<sup>32</sup> *Ídem*, Artículo 12.18.6.

<sup>33</sup> Objeciones Preliminares § 2, págs. 4-9.

Artículo 12.22.1, que establece que las reclamaciones se presentarán no más de tres años “a partir de la fecha en la cual [el inversionista] tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación a este Capítulo, así como de las pérdidas o daños sufridos”.<sup>34</sup> Al respecto, Guatemala sostiene que “[v]arios de los reclamos de las Demandantes fueron presentados tres años después del *dies a quo* y, por ende, han prescrito”.<sup>35</sup> Como se explica a continuación, la Objeción Preliminar de Guatemala describe erróneamente el reclamo de las Demandantes, y malinterpreta o desconoce los estándares legales aplicables.

37. De manera preliminar, es preciso notar que no está en disputa que el “*dies a quo*”, *i.e.*, la fecha en que da comienzo al cómputo del plazo de prescripción, 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”,<sup>36</sup> y por tanto activa el plazo en que el inversionista debe presentar su reclamación a arbitraje. Tampoco está en disputa que el “*dies ad quem*” corresponde a la fecha en que finaliza dicho plazo y, por tanto, el último día en que la Secretaría del CIADI puede recibir oportunamente la solicitud de arbitraje.<sup>37</sup> Sin embargo, a diferencia de lo que sugiere Guatemala,<sup>38</sup> la regla establecida en el Tratado consiste en que “[e]l inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres (3) años a partir” del *dies a quo*.<sup>39</sup> Por tanto, una reclamación únicamente podrá considerarse fuera de plazo si la Secretaría del CIADI recibe la solicitud de arbitraje después del *dies ad quem*.

38. En su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala indica que, en el Anexo A del mismo, ha identificado “al menos, 36 conductas” judiciales, administrativas y municipales respecto de las cuales, supuestamente, “las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos antes de las Fecha[s] Crítica[s] aplicable[s] y, por ende, el Tribunal carece de jurisdicción sobre dichas violaciones”.<sup>40</sup> Asimismo, Guatemala sostiene 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”.<sup>41</sup> En otras palabras,

---

<sup>34</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.22.1.

<sup>35</sup> Objeciones Preliminares § 2.2, págs. 6-9.

<sup>36</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.22.1.

<sup>37</sup> *Ídem*, Artículo 12.30.

<sup>38</sup> Objeciones Preliminares, pág. 6 (“Varios de los reclamos de las Demandantes fueron presentados tres años después del *dies a quo* y, por ende, han prescrito” (énfasis añadido)).

<sup>39</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.22.1.

<sup>40</sup> Objeciones Preliminares ¶ 23.

<sup>41</sup> *Ídem* ¶ 24.

la objeción de prescripción de Guatemala se extiende a ciertas conductas específicas del Estado, así como a un segmento del monto reclamado por las Demandantes en este arbitraje.

39. Antes de responder a estos puntos específicos – los cuales, como se verá, son infundados – 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. Esto incluye decenas de medidas municipales por las que Guatemala obstaculizó arbitrariamente el avance del Proyecto PET;<sup>42</sup> medidas judiciales en torno a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013;<sup>43</sup> y medidas administrativas<sup>44</sup> con relación a la imposición arbitraria de nuevos términos y obligaciones,<sup>45</sup> determinación arbitraria de incumplimientos,<sup>46</sup> procesos administrativos arbitrarios sobre el ajuste del Canon Anual,<sup>47</sup> la demora de la CNEE en el pago efectivo del Canon Anual,<sup>48</sup> y la cancelación arbitraria de compensación respecto de Obras excluidas del Proyecto.<sup>49</sup> Queda indisputada así la jurisdicción temporal sobre la inmensidad de la conducta ilegítima e indebida cometida por el Estado guatemalteco, en violación del Tratado.

40. En todo caso, la objeción de Guatemala parte de una tergiversación de los hechos, una caracterización errónea del reclamo de las Demandantes, y/o pasa por alto principios del derecho internacional. Específicamente, y como se explica en detalle a continuación:

- **29 de las 36 conductas identificadas por Guatemala en el Anexo A de su escrito 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.
- **El monto de US\$230 millones al que hace referencia Guatemala corresponde a una cuantificación estimativa de los costos y pérdidas incurridos por las Demandantes en el Proyecto PET a septiembre de 2017.** Como se detalló en el Memorial de Demanda, los incumplimientos de Guatemala de sus promesas y obligaciones de apoyo respecto del Proyecto PET generaron retrasos significativos que impidieron su conclusión en el plazo previsto. Estos retrasos, a su vez, generaron cuantiosos costos y pérdidas que las Demandantes se vieron forzadas a asumir. Sin embargo, el daño a su inversión no se había

---

<sup>42</sup> Memorial de Demanda § II.C.1 (“Conducta municipal en violación de los derechos de las Demandantes”), págs. 48-71.

<sup>43</sup> *Ídem* § II.C.2 (“Conducta judicial en violación de los derechos de las Demandantes”), págs. 71-83.

<sup>44</sup> *Ídem* § II.C.3 (“Conducta administrativa en violación de los derechos de las Demandantes”), págs. 101-159.

<sup>45</sup> *Ídem* § II.C.3.a (“La imposición arbitraria de nuevos términos vía resolución ministerial”), págs. 85-98.

<sup>46</sup> *Ídem* § II.C.3.b (“La determinación arbitraria de incumplimiento”), págs. 98-101.

<sup>47</sup> *Ídem* § II.C.3.c (“Los procesos administrativos arbitrarios de ajuste del Canon Anual”).

<sup>48</sup> *Ídem* § II.C.3.d (“La demora de la CNEE en el pago efectivo del Canon Anual”).

<sup>49</sup> *Ídem* § II.C.3.e (“La cancelación arbitraria de compensación respecto de Obras excluidas”).

cristalizado aún, pues las Demandantes mantenían la expectativa legítima de que Guatemala respetaría los compromisos y garantías específicas que ella misma otorgó durante la Licitación para inducir la inversión de las Demandantes – y confirmó posteriormente en diversas ocasiones – con relación a la compensación de los montos adicionales en que se incurriera durante el Proyecto. En este sentido, el daño a la inversión de las Demandantes se cristalizó cuando Guatemala desconoció estos compromisos y garantías, destruyendo las expectativas legítimas de las Demandantes. Como se explica más abajo, esto conllevó a la Segunda Solicitud de Arbitraje, la cual indisputablemente fue presentada dentro del plazo oportuno establecido en el Tratado.

- **El Estado identifica incorrectamente la fecha en que comenzó a computarse el plazo de prescripción para las 7 conductas restantes** (de las 36 conductas listadas en el Anexo A de Guatemala), por lo que tampoco es correcto que las Demandantes las hubiesen presentado extemporáneamente.

41. Con respecto al primer punto, Guatemala confunde los antecedentes de contexto con las medidas violatorias del Tratado reclamadas en el arbitraje. Las Demandantes pueden 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. La jurisprudencia internacional ha sostenido reiteradamente que los antecedentes fácticos de una reclamación son distintos de la ocurrencia de una violación y de la producción de pérdidas o daños relacionados. Como explicó el tribunal en *Eli Lilly c. Canadá*:

Many previous NAFTA tribunals... have found it appropriate to consider earlier events that provide the factual background to a timely claim. As stated by the tribunal in *Glamis Gold v. United States*, a claimant is permitted to cite ‘factual predicates’ occurring outside the limitation period, even though they are not necessarily the legal basis for its claim.<sup>50</sup>

42. De hecho, el tribunal en *Mondev c. Estados Unidos* confirmó que los antecedentes fácticos pueden ser referidos por los demandantes, y que éstos “may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> *Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017 (“*Eli Lilly c. Canadá* (Fondo)”) (CL-138) ¶ 172. Ver *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (CL-48) (“While Article 1116(2) bars breaches in respect of events that took place more than three years before the claim was made, events prior to the three-year bar... are by no means irrelevant. They can provide necessary background or context for determining whether breaches occurred during the time-eligible period”); *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, UNCITRAL, Laudo, 8 de junio de 2009 (CL-139) ¶¶ 348-350 (“Both claimant and respondent state that a claim brought on the basis of an event properly within the time limit of Article 1117(2) may cite to earlier events as ‘background facts’ or ‘factual predicates.’ The Tribunal agrees” (énfasis añadido)); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, UNCITRAL, Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales, 20 de julio de 2006 (CL-140) ¶ 86 (“[T]he Tribunal has difficulty seeing how NAFTA Articles 1116(2) and 1117(2) can be interpreted to bar consideration of the merits of properly presented claims challenging important statutory provisions that were enacted within three years of the filing of the claim and that allegedly caused significant injury, even if those provisions are related to earlier events”).

<sup>51</sup> *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo Final, 11 de octubre de 2002 (“*Mondev c. Estados Unidos* (Fondo)”) (CL-8) ¶ 70.

43. En tal sentido, de los 36 actos listados en el Anexo A de su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala caracteriza erróneamente 29 actos como “violaciones”,<sup>52</sup> mientras que las Demandantes los presentaron en el Memorial de Demanda como antecedentes fácticos y de contexto que son relevantes y servirán a este Tribunal para determinar, en el momento procesal oportuno, la responsabilidad internacional del Estado en este caso. A manera de ejemplo:

- Guatemala lista como supuesta medida impugnada por las Demandantes “[l]a promulgación por parte de la Corte de Constitucionalidad” de las sentencias en que se ordenó al MEM la realización de las consultas a pueblos indígenas bajo el Convenio 169 de la OIT.<sup>53</sup> Esto es incorrecto. De conformidad con el caso expuesto por las Demandantes en el Memorial de Demanda, las sentencias de la Corte de Constitucionalidad no son más que antecedentes fácticos de la verdadera medida reclamada, consistente en la omisión arbitraria del MEM de realizar y completar las consultas a pueblos indígenas.<sup>54</sup>
- Guatemala lista como supuesta medida impugnada de las Demandantes “la negativa arbitraria por parte del Concejo Municipal de Chajul de la licencia de construcción” del 15 de febrero de 2012.<sup>55</sup> Esto también es incorrecto. Como se puede constatar en el Apéndice 1 del Memorial de Demanda,<sup>56</sup> con relación a la municipalidad de Chajul, las Demandantes impugnan como “Medida del Estado Concreta” la “falta de apoyo ante oposición comunitaria al Proyecto” por parte de las autoridades competentes y no la negativa del Concejo Municipal.<sup>57</sup>
- Guatemala lista como supuesta medida impugnada por las Demandantes el retraso en el pago del ajuste del Canon Anual del 26 de enero y 24 de junio de 2016.<sup>58</sup> Nuevamente, Guatemala distorsiona el reclamo de las Demandantes, pues dichos actos fueron presentados en el Memorial como antecedentes fácticos relevantes de la demora arbitraria de la CNEE en el pago efectivo del Canon Anual, en violación del Tratado.<sup>59</sup> Los actos efectivamente reclamados por las Demandantes son posteriores al *dies a quo*.<sup>60</sup>

44. Sin perjuicio de lo anterior, en el Apéndice 2 de este escrito, las Demandantes toman el mencionado Apéndice A del Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, y le 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

---

<sup>52</sup> Anexo A de las Objeciones Preliminares.

<sup>53</sup> *Ídem*, págs. 2-3.

<sup>54</sup> Memorial de Demanda § III.A (“Las Medidas del Estado en violación del Tratado”), ¶¶ 409-410; § II.C.3.e (“La omisión del MEM de realizar consultas indígenas”), págs. 146-154.

<sup>55</sup> Anexo A de las Objeciones Preliminares, pág. 11.

<sup>56</sup> Apéndice 1 del Memorial de Demanda, págs. 17-19.

<sup>57</sup> *Ídem*, pág. 19.

<sup>58</sup> Anexo A de las Objeciones Preliminares, pág. 6.

<sup>59</sup> Memorial de Demanda § III.A (“Las Medidas del Estado en violación del Tratado”) ¶¶ 409-410; § II.C.3.d (“La demora de la CNEE en el pago efectivo del Canon Anual”), págs. 144-146.

<sup>60</sup> Memorial de Demanda ¶ 351. De hecho, el impacto económico derivado de los retrasos de la CNEE en el pago efectivo del ajuste del Canon Anual de 2017-2021 no ha sido cuantificado todavía por Accuracy. *Ver* Accuracy-Cuantificación ¶ 112.

al Tribunal Arbitral respecto de Medidas del Estado que las Demandantes efectivamente reclaman en el presente arbitraje.

45. Con respecto al segundo punto, para todos los actos listados en el Anexo A del escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala indica 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’”.<sup>61</sup> Esta es una interpretación errónea del caso de las Demandantes.

46. 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. Las Demandantes con gusto continuarán demostrando la correlación entre la multiplicidad de actos reclamados y montos reclamados en la fase de fondo de este arbitraje.

47. En cualquier caso, Guatemala 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. Independientemente de los retrasos y obstáculos provocados por la conducta del Estado, y de los enormes costos adicionales que las Demandantes tuvieron que incurrir en consecuencia a lo largo del Proyecto, las Demandantes mantenían la expectativa legítima de que estos costos y gastos adicionales serían compensados mediante el Ajuste del Canon conforme a las reglas emitidas por el propio Estado.<sup>62</sup> Como explicaron las Demandantes en el Memorial, ello no ocurrió.<sup>63</sup> La serie de actos y omisiones del Estado con relación a esa negativa arbitraria de compensación es una de las Medidas objeto de reclamo en este arbitraje y está dentro del plazo de prescripción. Esto se ve confirmado, entre otras cosas, por el hecho de que esas Medidas no son objeto de la objeción de prescripción de Guatemala.

48. 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 del Estado que ocasionaron retrasos significativos. En otras palabras, para septiembre de 2017, las Demandantes incurrieron en montos adicionales resultantes de (i) costos y gastos derivados de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito aceptados por el MEM; y (ii) valores invertidos para la constitución de

---

<sup>61</sup> Ver, en general, Anexo A de las Objeciones Preliminares, citando Primera Solicitud de Arbitraje ¶ 57.

<sup>62</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 239-242.

<sup>63</sup> Ídem § II.C.3.c (“Los procesos administrativos arbitrarios de ajuste del Canon Anual”), págs. 101-144.

servidumbres en exceso de los valores referenciales máximos. No obstante, las Demandantes conservaban 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. Por ello, basándose en las garantías otorgadas por el Estado, las Demandantes presentaron sendas solicitudes de ajuste del Canon Anual para hacer valer sus derechos y solicitar la compensación debida. En específico:

- Por los costos y gastos adicionales incurridos por eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, TRECSA presentó solicitudes de ajuste del Canon Anual el 27 de diciembre de 2019<sup>64</sup> y el 14 de diciembre de 2020.<sup>65</sup>
- Por los valores invertidos para la constitución de las servidumbres en los Lotes C, D y E, en exceso de los valores referenciales máximos, TRECSA presentó solicitudes de ajuste del Canon Anual el 24 de septiembre de 2019 (ajustadas el 19 de diciembre de 2019).<sup>66</sup>

49. Al momento de presentar la Primera Solicitud de Arbitraje, estas solicitudes 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, en el Petitorio de 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”.<sup>67</sup> Es también por ello que 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.

50. Como se explicó en el Memorial de Demanda, (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 TRECSA<sup>68</sup> (*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<sup>69</sup> (*i.e.* más de 20 meses después de la Primera Solicitud de Arbitraje). Guatemala no disputa estos hechos.<sup>70</sup> Mal podían las Demandantes haber reclamado previamente daños y perjuicios correspondientes a violaciones del Tratado que aún no habían ocurrido.

---

<sup>64</sup> *Ídem* ¶¶ 251-257.

<sup>65</sup> *Ídem* ¶¶ 279-284.

<sup>66</sup> *Ídem* ¶ 314.

<sup>67</sup> Primera Solicitud de Arbitraje ¶ 68(ii).

<sup>68</sup> Memorial de Demanda ¶ 258-278, 285-302.

<sup>69</sup> *Ídem* ¶ 319.

<sup>70</sup> *Ver, en general*, Objeciones Preliminares.

51. Esto, además, es sin perjuicio de las numerosas conductas municipales y administrativas que obstruyeron el Proyecto durante el periodo de prescripción, y que agravaron aún más los daños sufridos por las Demandantes. Y, en cualquier caso, el planteamiento de Guatemala con respecto a identificación y segregación de montos de daños corresponde a temas de fondo que de ninguna forma se pueden determinar como cuestiones de puro derecho en esta fase.

52. Con respecto al tercer punto, Guatemala describe erróneamente el reclamo de las Demandantes respecto de los restantes 3 de los 36 actos u omisiones listados en su Anexo A. 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 el Memorial de Demanda en el contexto de dichas Medidas, para alegar incorrectamente que están fuera del plazo de prescripción.<sup>71</sup> A continuación, se abordan estos actos específicos.

53. *En primer lugar*, 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. Específicamente, Guatemala afirma en su Anexo A que la “[f]echa en que ocurrió la alegada violación” es, respectivamente, el 15 de febrero y el 21 de junio de 2017.<sup>72</sup> En la siguiente columna, Guatemala afirma 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”<sup>73</sup> y “en la Sentencia No. 1798-2015”.<sup>74</sup> Para sustentar su dicho, Guatemala cita únicamente el párrafo 363 del Memorial de Demanda. Las afirmaciones de Guatemala en este sentido no sólo son incorrectas, sino engañosas.

54. Contrario a lo que afirma Guatemala, en las Sentencias Nos. 5711-2013<sup>75</sup> y 1798-2015,<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> Por tanto, es incorrecto que el MEM hubiese “incumplido su obligación de realizar” las consultas a pueblos indígenas a más tardar para

---

<sup>71</sup> Anexo A de las Objeciones Preliminares, págs. 3-4, 10.

<sup>72</sup> *Ídem*, págs. 3-4.

<sup>73</sup> *Ídem*, pág. 3.

<sup>74</sup> *Ídem*, pág. 3.

<sup>75</sup> Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Expediente No. 5711-2013 del 7 de julio de 2016 (C-546), págs. 59-61.

<sup>76</sup> Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Expediente No. 1798-2015 del 26 de enero de 2017 (C-547), págs. 53-55.

<sup>77</sup> Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Expediente No. 5711-2013 del 7 de julio de 2016 (C-546), pág. 60; Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Expediente No. 1798-2015 del 26 de enero de 2017 (C-547), pág. 54.

el 15 de febrero y 21 de junio de 2017.<sup>78</sup> Es, por tanto, 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 (según es requerido por el Tratado para el inicio del cómputo del plazo de prescripción).

55. Dado que en las mencionadas Sentencias no se ordenó un plazo para la realización de las consultas, Guatemala se ha visto forzada a manufacturar un supuesto plazo, indicando como “soporte” exclusivamente el párrafo 363 del Memorial de Demanda. Sin embargo, en ese apartado del Memorial, las Demandantes explicaron que, “[s]egún lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad en dichos fallos, los Concejos Municipales de Santa Catarina Ixtahuacán y San Andrés Xecul, junto con el MEM, contaban con 15 días a partir de esas fechas **para gestionar e iniciar con el proceso consultivo**; es decir, a más tardar el 15 de febrero de 2017 y el 21 de junio de 2017, respectivamente”.<sup>79</sup> Por tanto, la obligación del MEM consistía en iniciar las gestiones para llevar a cabo las referidas consultas, no así “realizarlas” o mucho menos culminarlas, como afirma Guatemala.

56. Además, tanto en su escrito de Objeciones Preliminares como en el Anexo A del mismo, Guatemala omitió 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, 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;<sup>80</sup> y (ii) continuaba tramitando recursos ante las cortes guatemaltecas respecto de la orden de realizar las consultas a pueblos indígenas en dichas localidades.<sup>81</sup> 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

---

<sup>78</sup> Anexo A de las Objeciones Preliminares, págs. 3-4.

<sup>79</sup> Memorial de Demanda ¶ 363 (énfasis añadido). El párrafo expresa, en su totalidad, lo siguiente: “Según los autos que integran los referidos expedientes, el fallo relativo a la consulta indígena de Santa Catarina Ixtahuacán causó ejecutoria el 25 de enero de 2017, y el fallo relativo a la consulta indígena de San Andrés Xecul causó ejecutoria el 31 de mayo de 2017. Según lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad en dichos fallos, los Concejos Municipales de Santa Catarina Ixtahuacán y San Andrés Xecul, junto con el MEM, contaban con 15 días a partir de esas fechas para gestionar e iniciar con el proceso consultivo; es decir, a más tardar el 15 de febrero de 2017 y el 21 de junio de 2017, respectivamente”.

<sup>80</sup> Memorial de Demanda ¶ 364. Ver GEB y TRECSA, Reporte de Reunión con el Ministerio de Energía y Minas del 30 de julio de 2018 (C-671).

<sup>81</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 365-367.

detrimento de sus derechos”,<sup>82</sup> cristalizándose entonces las violaciones del Tratado.<sup>83</sup> En cualquier caso, como se ha explicado, 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.

57. Asimismo, Guatemala omite mencionar que, según lo explicado en el Memorial de Demanda,<sup>84</sup> 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,<sup>85</sup> en violación de los estándares de Nación Más Favorecida y Trato Nacional al amparo del Tratado.<sup>86</sup> Al igual que las anteriores, estas violaciones claramente se encuentran dentro del plazo para ser consideradas como Medidas del Estado objeto de este arbitraje.

58. *En segundo lugar*, en cuanto al rechazo arbitrario de la Policía Nacional Civil (“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), Guatemala tuerce la fecha crítica de dicha medida. Específicamente, y *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.<sup>87</sup> 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.

59. No obstante, como se desprende de la Primera Solicitud de Arbitraje, las Demandantes reclamaron la violación del Artículo 12.4 del Tratado como consecuencia de, entre otras, “constantes y recurrentes acciones u omisiones de carácter arbitrario, carentes de transparencia, y sin respetar las garantías mínimas procesales con lo cual se violaron las promesas y obligaciones del Estado”.<sup>88</sup> Esta redacción amplia estaba diseñada para capturar las decenas de ejemplos de conductas del Estado guatemalteco que

---

<sup>82</sup> Memorial de Demanda ¶ 370.

<sup>83</sup> *Ídem* ¶ 409.

<sup>84</sup> *Ídem* ¶ 409.

<sup>85</sup> *Ídem* ¶ 369.

<sup>86</sup> *Ídem* ¶ 489.

<sup>87</sup> Anexo A de las Objeciones Preliminares, pág. 10.

<sup>88</sup> Primera Solicitud de Arbitraje ¶ 62.

han bloqueado o impedido el avance del Proyecto, y que se han expuesto en sumo detalle en el Apéndice 1 del Memorial de Demanda. Tan es así que, en el aviso de controversia que precedió a la Primera Solicitud de Arbitraje se hizo referencia a la “falta de apoyo por parte del Estado en materia de seguridad”.<sup>89</sup>

60. En todo caso, 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 hechos violentos ocurridos en la Municipalidad de San Raymundo. Como se advierte en el Apéndice 1 del Memorial de Demanda,<sup>90</sup> así como de la evidencia que obra en el expediente,<sup>91</sup> en diciembre de 2018, TRECSA y su personal enfrentaron hechos violentos por parte de un grupo organizado de personas en la Municipalidad de San Raymundo, por lo que 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”.<sup>92</sup> A pesar de recibir dicha medida de seguridad por parte del Ministerio Público, la PNC “no prestó el auxilio solicitado”.<sup>93</sup>

61. Ante estas circunstancias, 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.<sup>94</sup> En anticipación de potenciales incidentes, TRECSA solicitó al Ministerio Público la emisión de otra medida de seguridad.<sup>95</sup> El 4 de enero de 2019, el Ministerio Público emitió la medida de seguridad solicitada por TRECSA, y solicitó urgentemente a la PNC que brindara auxilio en las instalaciones del Proyecto ante las “detenciones ilegales y amenazas” de las que había sido víctima la compañía.<sup>96</sup> Sin embargo, la PNC nuevamente se rehusó a brindar el auxilio solicitado por TRECSA (y el propio Ministerio Público) y, ante los intentos de ingreso por parte de TRECSA, los opositores “realizaron disparos de armas de fuego al helicóptero que realizaba las gestiones del traslado de los materiales”.<sup>97</sup> El 15 de enero de 2019, TRECSA puso en conocimiento del MEM esta situación y le solicitó que, como órgano rector del Estado en materia energética, promoviera las acciones correspondientes para garantizar

---

<sup>89</sup> Comunicación de Controversia del 11 de octubre de 2019 (C-220), pág. 4.

<sup>90</sup> Apéndice 1 del Memorial de Demanda, pág. 5.

<sup>91</sup> TRECSA, Solicitud de Reconocimiento de Fuerza Mayor A-165 del 21 de diciembre de 2018 (C-188), pág. 1.

<sup>92</sup> *Ídem*, pág. 5.

<sup>93</sup> *Ídem*, pág. 5.

<sup>94</sup> TRECSA, Comunicación al MEM sobre hechos violentos en San Raymundo y omisiones de la PNC del 15 de enero de 2019 (C-755), pág. 1.

<sup>95</sup> *Ídem* (C-755), pág. 1.

<sup>96</sup> *Ídem* (C-755), pág. 3.

<sup>97</sup> *Ídem* (C-755), pág. 1.

las condiciones de seguridad y protección que viabilizaran la ejecución del Proyecto,<sup>98</sup> sin obtener respuesta alguna. Todas estas conductas están indiscutiblemente dentro del plazo de prescripción.

62. *En tercer lugar*, en cuanto a las Municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá, y Cantel, las medidas violatorias del Tratado se cristalizaron en meses posteriores a los indicados por la Demandada, luego de que el Estado 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.<sup>99</sup> Precisamente la complejidad fáctica de esta controversia, así como la multiplicidad de hechos y documentos que las Demandantes han sometido al conocimiento de este Tribunal, confirman la pertinencia de un análisis detallado y completo en la fase de fondo del asunto. En efecto, como se explicó en el Memorial de Demanda, 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. Esta fase preliminar está lejos de ser adecuada para el ejercicio de indagación, ponderación y adjudicación que la presente controversia requiere.

63. En estas condiciones, queda demostrado que, contrario a lo alegado en el Escrito de Objeciones Preliminares, las Demandantes no impugnan conductas fuera del plazo establecido en el Tratado, por lo que el Tribunal Arbitral debe desestimar la Objeción de Prescripción de Guatemala.

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

64. Seguidamente, Guatemala plantea tres Objeciones Preliminares sobre la premisa de que el Tribunal “carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos que, de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado”.<sup>100</sup> En particular, Guatemala alega (incorrectamente) que ciertos reclamos de las Demandantes no podrían constituir una violación del Tratado en cuanto: (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”;<sup>101</sup> (ii) “los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala y, por lo tanto, no pueden ser objeto de

---

<sup>98</sup> *Ídem* (C-755), pág. 1.

<sup>99</sup> Accuracy-Programación ¶¶ 378 (Tabla 20), 593; 346.2, 427, 600; 346.3, 610; 347.1, 378 (Tabla 20), 379.2, 628, 639-641.

<sup>100</sup> Objeciones Preliminares § 3, págs. 9-31 (énfasis añadido).

<sup>101</sup> *Ídem* ¶ 28.

pronunciamiento por parte de este Tribunal”;<sup>102</sup> y (iii) “las Demandantes pretenden presentar reclamos en contra de la Corte de Constitucional (distintos de una denegación de justicia)”.<sup>103</sup> Como se verá en esta Sección, la posición de Guatemala es incorrecta y se fundamenta en una caracterización errónea del reclamo de las Demandantes y un desconocimiento de los términos del Tratado.

65. Como ha sido reiterado por la jurisprudencia internacional, 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”.<sup>104</sup> Este estándar lo confirmó la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”),<sup>105</sup> y se encuentra cristalizado en *jurisprudence constante* y en la doctrina.<sup>106</sup> En otras palabras, bajo el estándar aplicable, 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. Guatemala no cuestiona que éste sea el estándar aplicable.

66. De hecho, los propios casos citados por Guatemala confirman este estándar. Así, por ejemplo, el tribunal en *Impregilo c. Pakistán*, citado por el Estado, expresamente reconoce:

The present Tribunal is in full agreement with the approach evident in... jurisprudence.... In conformity with this jurisprudence, the Tribunal has considered whether the facts as alleged by the Claimant in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> *Ídem* ¶ 28.

<sup>103</sup> *Ídem* ¶ 29.

<sup>104</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010 (“*SGS c. Paraguay* (Jurisdicción)”) (CL-109) ¶¶ 50, 52 (“Si la regla fuera otra, la cuestión no podría considerarse relativa a la jurisdicción. La determinación de que un conjunto de hechos alegados, aunque se probaran, no constituirían el incumplimiento de un derecho, concierne, en efecto, al fondo del asunto”). Ver *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (RL-12) ¶ 53.

<sup>105</sup> Aplicación de la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento al Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (*Ucrania c. Federación Rusa*), CIJ, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 8 de noviembre de 2019 (CL-137) ¶¶ 57, 96 (“[Based on Oil Platforms] it is necessary to ascertain whether the acts of which the Applicant complains ‘fall within the provisions’ of the treaty containing the clause. This may require the interpretation of the provisions that define the scope of the treaty. [The Court states however that], at the present stage of the proceedings, an examination by [it] of the alleged wrongful acts or of the plausibility of the claims is not generally warranted... Taking into account the broadly formulated rights and obligations contained in the Convention, [the Court considers that the measures of which Ukraine complains]... are capable of having an adverse effect on the enjoyment of certain rights”) ( nfasis añadido).

<sup>106</sup> Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2009) (CL-141), p gs. 540-542, ¶¶ 86-92.

<sup>107</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (“*Impregilo c. Pakistán* (Jurisdicción)”) (RL-8) ¶ 254 ( nfasis añadido). De igual forma, el tribunal de *Vivendi I* determinó que el asunto determinante era que si “la conducta que se alega, de probarse, pudo haber contravenido el TBI”. *Compa a de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002 (“*Vivendi I c. Argentina* (Anulación)”) (CL-148) ¶ 112 ( nfasis en original).

67. En este caso, de los hechos y fundamentos de derecho formulados en las Solicitudes de Arbitraje y en el Memorial de Demanda, no hay lugar a dudas de que las Demandantes han demostrado con creces la existencia de una violación *prima facie* del Tratado.

68. En cualquier caso, las objeciones de Guatemala carecen de fundamento. Como se demuestra a continuación: (i) las Demandantes impugnan conductas en violación del Tratado, no meros incumplimientos contractuales; (ii) las Demandantes sí pueden invocar la protección otorgada por cláusulas paraguas en otros tratados suscritos por Guatemala; (iii) las Demandantes sí pueden invocar estándares del Tratado distintos a la denegación de justicia en relación con conductas judiciales del Estado, y en todo caso, sí están planteando un reclamo de denegación de justicia.

### 1. Este arbitraje tiene origen en violaciones del Tratado

69. Guatemala alega que el Tribunal “carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM”.<sup>108</sup> Al respecto, argumenta que “en los casos que implican 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... ‘parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano’, “[e]n otras palabras”, “que el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas son totalmente extraños al contrato”.<sup>109</sup> Sobre esta base, la Demandada afirma que la “gran mayoría” de los reclamos de las Demandantes contra la conducta administrativa de Guatemala “tienen su origen en el Contrato (no en el ejercicio de algún poder soberano del Estado) y, por lo tanto, se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal”.<sup>110</sup> Como se detalla en esta Sección, los argumentos de Guatemala desconocen los estándares del derecho internacional aplicables, y caracterizan incorrectamente los hechos y los reclamos planteados por las Demandantes.

70. Las Demandantes han resumido nuevamente los hechos y fundamentos de sus reclamos en este arbitraje en la Sección II anterior. Como se ha podido ver, este claramente no es un caso contractual, y las Demandantes exponen a continuación sus respuestas detalladas a los argumentos sin sustento planteados por Guatemala. Específicamente: (a) el Tratado no limita la jurisdicción del Tribunal ante la existencia de un contrato; (b) los tribunales en fase jurisdiccional toman en cuenta primariamente la naturaleza del reclamo del demandante, dado que, de lo contrario, tendrían que internarse a un análisis completo de la conducta del Estado respecto de las medidas en cuestión, lo cual, en efecto, requeriría una

---

<sup>108</sup> Objeciones Preliminares § 3.1, págs. 10-21.

<sup>109</sup> *Ídem* ¶ 31 (énfasis original).

<sup>110</sup> *Ídem* ¶ 35.

decisión sobre el fondo; (c) las facultades del poder público ejercidas por el Estado guatemalteco en las medidas en cuestión están definidas en el derecho administrativo; y (d) las medidas en cuestión constituyen actos soberanos bajo la jurisprudencia de inversiones.

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

71. Guatemala pretende insertar en el Tratado limitaciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral que no existen.<sup>111</sup> La jurisprudencia internacional ha establecido de forma generalizada que las controversias de inversión “should be decided under the specific treaty provisions governing the case”, por lo que “looking into the particular wording of the treaty under which the claimant has instituted the arbitral proceedings is the first thing that tribunals should do”.<sup>112</sup> En particular, las cláusulas sobre la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado receptor “have a relevant role to play in this context”, ya que delimitan “the boundaries of the tribunal’s jurisdiction, delimiting which kind of claims they could or could not entertain”.<sup>113</sup>

72. 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”,<sup>114</sup> la cual contiene los estándares sustantivos de protección de los inversionistas y sus inversiones.<sup>115</sup> 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 coexisten con una relación contractual entre los inversionistas y el Estado receptor.<sup>116</sup>

73. Al respecto, según han reconocido la jurisprudencia y doctrina internacional, dicha coexistencia entre contratos y tratados es prácticamente inevitable en los proyectos de inversión

---

<sup>111</sup> *Ídem* ¶ 31 (“[P]ara que exista una violación *prima facie* del Tratado, el inversionista debe demostrar... que el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas son ‘totalmente extraños al contrato’”).

<sup>112</sup> 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. 511.

<sup>113</sup> *Ídem*, pág. 511.

<sup>114</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.18.4.

<sup>115</sup> *Ídem* Sección A.

<sup>116</sup> *Ídem*, Sección A, Artículo 12.18.4.

modernos.<sup>117</sup> En efecto, es común que los reclamos por violaciones de un tratado y los contratos en los que se instrumentó la inversión estén “closely related”.<sup>118</sup> Como reconoció el Comité de Anulación del CIADI 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.<sup>119</sup> En palabras del Comité de Anulación:

[E]l Tribunal tenía jurisdicción para basar su decisión sobre el Contrato de Concesión, al menos en la medida necesaria para determinar si había habido incumplimiento de las normas sustantivas del TBI. En segundo lugar, el pasaje parece implicar que la conducta de Tucumán efectuada con el propósito de ejercer su derecho como parte del Contrato de Concesión no podía, *a priori*, haber violado el TBI. Sin embargo, no hay base para un supuesto de este tipo: el que una conducta particular conlleve el incumplimiento de un tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales.<sup>120</sup>

74. En este sentido, una reclamación bajo un tratado puede involucrar cuestiones contractuales sin que su naturaleza se transforme en una reclamación meramente contractual. En palabras del tribunal en *Azurix c. Argentina*:

Even if the dispute as presented by the Claimant may involve the interpretation or analysis of facts related to performance under the Concession Agreement, the Tribunal considers that, to the extent that such issues are relevant to a breach of the obligations of the Respondent under the BIT, they cannot *per se* transform the dispute under the BIT into a contractual dispute.<sup>121</sup>

75. En esta misma línea, el tribunal en *Convia c. Perú* “reconoci[ó] igualmente, como varios tribunales han considerado, que la frustración de expectativas legítimas de un inversor basadas en acuerdos

---

<sup>117</sup> Ver, por ejemplo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004 (CL-146) ¶ 132(d); *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; *Eureko B.V. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (“*Eureko c. Polonia* (Laudo Parcial)”) (CL-94) ¶¶ 232(encontrando que Polonia violó el TJE por afectaciones a “Eureko’s investments, its contractual rights to an IPO”); *Siemens A.G. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, 17 de enero de 2007 (CL-105) ¶ 308 (en donde el tribunal encontró que “the initiation of the renegotiation of the Contract for the sole purpose of reducing its costs” violó el estándar de “full protection and security and fair and equitable treatment”).

<sup>118</sup> 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. 494.

<sup>119</sup> *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 (*Vivendi I c. Argentina* (Anulación)) (CL-148) ¶¶ 60, 101-103.

<sup>120</sup> *Ídem* ¶ 110 (énfasis añadido).

<sup>121</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003 (“*Azurix c. Argentina* (Jurisdicción)”) (CL-149) ¶ 76 (énfasis añadido).

contractuales con el Estado anfitrión de la inversión, *podría* resultar igualmente en una violación del estándar de TJE”.<sup>122</sup>

76. Por su parte, el tribunal en *Crystallex c. Venezuela* determinó que, “[e]l hecho de que pueda existir un contrato entre las Partes y de que las cuestiones relativas a su ejecución... 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”, pues “[t]al como se establece en la jurisprudencia en virtud de tratados de inversión, las reclamaciones contractuales y las reclamaciones en virtud de tratados son cuestiones distintas”.<sup>123</sup>

77. Este es un principio firmemente arraigado en la jurisprudencia<sup>124</sup> y, como la doctrina confirma, “the general trend in BIT arbitration seems to be that tribunals have jurisdiction over all treaty claims, including those that involve questions related closely or even exclusively to a contract”.<sup>125</sup> Por tanto, contrario a lo que sugiere Guatemala,<sup>126</sup> los reclamos de las Demandantes contra la conducta administrativa del Estado son reclamos bajo el Tratado, sin perjuicio de que involucren aspectos relativos al Contrato.

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

78. Guatemala sostiene que, para satisfacer el estándar *prima facie* (propio de esta etapa), “el inversionista debe demostrar... que las medidas del Estado... ‘parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano’” y que “el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas ‘son totalmente extraños al contrato’”.<sup>127</sup> Añade luego que las Demandantes deben demostrar que “el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas ‘son totalmente extraños al contrato’”,<sup>128</sup> y que “[e]sta regla se

---

<sup>122</sup> *Conviaf Callao S.A. and 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 (“*Conviaf c. Perú* (Fondo)”) (CL-143) ¶ 579 (énfasis en el original).

<sup>123</sup> *Ídem* ¶ 474

<sup>124</sup> *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG c. La República de Polonia*, Caso CIADI No. ADHOC/15/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 4 de marzo de 2020 (CL-206) ¶¶ 5.32-5.34; *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 (“*Bayindir c. Pakistán* (Jurisdicción)”) (RL-16) ¶¶ 148, 166-167, 215. Ver *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003 (“*SGS c. Pakistán* (Jurisdicción)”) (RL-27) ¶ 147; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006 (CL-150) ¶ 43.

<sup>125</sup> 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. 501.

<sup>126</sup> Objeciones Preliminares ¶¶ 31, 33.

<sup>127</sup> *Ídem* ¶ 31.

<sup>128</sup> *Ídem* ¶ 31.

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’’.<sup>129</sup>

79. Guatemala distorsiona así el estándar que el Tribunal debe aplicar para decidir sobre su jurisdicción frente a los cuestionamientos del Estado. Guatemala pide, en efecto, que el Tribunal decida sobre el fondo de los reclamos de las Demandantes relativos a diversas medidas del MEM. Esto sería inapropiado en el contexto de una fase jurisdiccional. Como se explica a continuación, los tribunales arbitrales en dicha fase se limitan a establecer si las conductas que se atribuyen al Estado – las cuales deben ser tomadas como ciertas – *podrían* constituir una violación del Tratado, ya sean actos de imperio o no.

80. Como es obvio, es distinto el análisis que deben realizar los tribunales de inversión en materia jurisdiccional y en materia de fondo. En fase jurisdiccional, no corresponde que dichos tribunales sopesen 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. Si el Tribunal quisiese determinar, en definitiva, para cada una de las medidas que son objeto de esta Objeción Preliminar, si se trata de actos meramente contractuales o 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. Es más, 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.<sup>130</sup>

81. En tal sentido, y según la posición predominante de la jurisprudencia y doctrina internacional, “whether there has been indeed a violation of the treaty and not a mere contractual breach” “belongs to the merits stage”, pues “at the time of deciding this type of issue, the tribunal is called to address objections to jurisdiction which are closely related to the merits of the case, without engaging in prejudgment”.<sup>131</sup> Si bien “the nature of the State’s acts is both a useful approach to determine an expropriation case under international law and a helpful guidance to assess other treaty breaches, it should not be established as a unique and inflexible threshold that the claimant must necessarily surpass, even less at the jurisdictional phase”.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> *Ídem* ¶ 32.

<sup>130</sup> ILC Articles & Commentary (CL-214), Artículo 3 ¶ 7; *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No. 7 (1926) (CL-221), págs. 4, 19; *Murphy c. Ecuador* (Laudo Parcial) (CL-222) ¶ 361.

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> *Ídem*, pág. 525 (énfasis añadido).

82. Así, el tribunal en *Convial c. Perú*, al rechazar la excepción jurisdiccional del estado basada en la naturaleza de los reclamos, manifestó lo siguiente:

[B]asta en este momento determinar si los actos de la [Municipalidad Provincial del Callao], de imperio o no, cuestión que será resuelta después, así como los demás hechos y supuestas violaciones del Tratado, tal como fueron presentados por las Demandantes, podrían constituir una violación del Tratado... Como base fáctica de sus pretensiones, las Demandantes invocan varios hechos que atribuyen al Perú y que, si bien en su mayoría se relacionan con el Contrato, podrían constituir al mismo tiempo violaciones del Tratado.<sup>133</sup>

83. De hecho, los tribunales en fase jurisdiccional, al enfrentar una objeción como la planteada por Guatemala, se limitan típicamente a establecer solo si se encuentran frente a un reclamo *bajo el tratado respectivo*, por oposición a un reclamo bajo algún instrumento distinto. Como explicó el tribunal en *Azurix c. Argentina* al rechazar la objeción jurisdiccional planteada por el Estado:

According to the Respondent, the dispute is of a contractual nature and related to the interpretation of and performance under the Concession Agreement. However, for purposes of determining its jurisdiction, the Tribunal should consider whether the dispute, as it has been presented by the Claimant, is *prima facie* a dispute arising under the BIT. The investment dispute which the Claimant has put before this Tribunal invokes obligations owed by the Respondent to Claimant under the BIT and it is based on a different cause of action from a claim under the Contract Documents... The claims or causes of action before this Tribunal are different in nature from any claims which [the claimant] could bring before the courts of the city of La Plata under the Contract Documents.<sup>134</sup>

84. Asimismo, al rechazar la excepción jurisdiccional planteada por Argentina, el tribunal en *Impregilo c. Argentina* indicó:

[L]os reclamos principales de Impregilo en el presente arbitraje se relacionan con actos que supuestamente constituirían expropiación, trato injusto y discriminación, todos reclamos que van más allá de meros incumplimientos contractuales, independientemente de que puedan superponer-se, en gran medida, los hechos que fundamentan ambos tipos de reclamo.... [E]l Tribunal de Arbitraje no puede aceptar el argumento de Argentina de que todos los reclamos presentados por Impregilo son reclamos contractuales sobre los cuales el Tribunal carece de competencia. De hecho, Impregilo argumenta que su inversión fue

---

<sup>133</sup> *Convial c. Perú* (Fondo) (CL-143) ¶¶ 448-449 (énfasis añadido).

<sup>134</sup> *Azurix c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-149) ¶¶ 76, 79 (énfasis añadido). Ver también *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016 (CL-147) ¶ 247 (“All that is required to confer on this Tribunal jurisdiction to consider the Claimant’s treaty claims is for one of the Claimant’s claims to arise under the BIT. The Tribunal finds that the Claimant’s claims for direct and indirect expropriation, for denial of fair and equitable treatment, for unreasonable and discriminatory measures, and for denial of full protection and security all concern “obligation[s] of [the Respondent] under [the BIT] in relation to an investment of the [Claimant]”) (énfasis añadido).

expropiada y sometida a un trato injusto, cuestiones que surgen claramente del TBI y que no constituyen exclusivamente reclamos contractuales.<sup>135</sup>

85. En efecto, los tribunales en fase jurisdiccional 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:<sup>136</sup>

- *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 “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”.<sup>137</sup> Por ejemplo, en *Consutel c. Algeria*, el inversionista pretendía atribuir al Estado reclamos “esencialmente contractuales”, los cuales se basaban en 16 incumplimientos del contrato celebrado con un proveedor de servicios de telecomunicaciones en el país, alegando que el tratado no limitaba la jurisdicción del tribunal a reclamos bajo tratado, sino que incluía “cualquier controversia” relacionada con la inversión.<sup>138</sup> En cambio, en este caso, como se advierte del Memorial de Demanda,<sup>139</sup> la causa de acción de las Demandantes contra la conducta administrativa del Estado se basa en los estándares de protección a los que tienen derecho bajo el Tratado, particularmente: (i) la falta de trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas, establecidos en el Artículo 12.4 del Tratado;<sup>140</sup> (ii) el tratamiento discriminatorio frente a otros inversionistas domésticos y extranjeros, establecido en los Artículos 12.5 y 12.6 del Tratado;<sup>141</sup> y (iii) la expropiación ilegal de la inversión, establecida en el Artículo 12.8 del Tratado.<sup>142</sup>

---

<sup>135</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011 (“*Impregilo c. Argentina* (Fondo)”) (CL-207) ¶¶ 182, 188.

<sup>136</sup> 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), pág. 3 (Notando que “[e]l primero de estos criterios es el único criterio que siempre sirve para distinguir una reclamación derivada de un tratado de una reclamación derivada de un contrato. Los otros cuatro criterios también distinguirán una reclamación derivada de un tratado de una reclamación contractual, pero con la posibilidad de solapamiento en casos concretos”). Ver 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. 493; Alejandro Escobar, *Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties*, 2 THIRD INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2004) (CL-145), pág. 40.

<sup>137</sup> Cremades, Bernardo M. y Cairns, David J.A., “*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. Ver 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. 493.

<sup>138</sup> *Consutel Group S.p.A. in liquidazione c. People’s Democratic Republic of Algeria*, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final, 3 de febrero de 2020 (“*Consutel c. Algeria* (Fondo)”) (CL-78) ¶ 307 (“Las violaciones contractuales invocadas por la demandante son las siguientes: Violación del artículo 5(i) del Contrato por falta de asignación de personal competente y falta de implicación de los superiores jerárquicos; Violación del artículo 5(ii) del Contrato por no haber aplicado Algérie Télécom una estrategia de marketing para el desarrollo comercial del Proyecto FTTx....”).

<sup>139</sup> Memorial de Demanda ¶ 410.

<sup>140</sup> *Ídem* § III.B. (“Falta de protección de inversiones (Artículo 12.4 del Tratado)”), págs. 168-204.

<sup>141</sup> *Ídem* § III.C. (“Violación del estándar de trato nacional (Artículo 12.5 del Tratado)”), págs. 204-208; § III.D (“Violación del Trato de Nación Más Favorecida (Artículo 12.6 del Tratado)”), págs. 208-2018.

<sup>142</sup> *Ídem* § III.E (“Expropiación (Artículo 12.8 del Tratado)”), págs. 218-229.

- *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”.<sup>143</sup> En este caso, como se indicó en el párrafo anterior, los derechos reclamados por las Demandantes se encuentran establecidos en el Tratado y, como puede verse en el Memorial de Demanda, su contenido está desarrollado y definido por el derecho internacional.<sup>144</sup>
- *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.<sup>145</sup> Con respecto a las medidas que son objeto de la presente Objeción Preliminar, como se explicó en el Memorial de Demanda, la contraparte del reclamo de las Demandantes respecto de la conducta administrativa del Estado es la propia República de Guatemala, quien actuó a través de órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo (particularmente, el MEM y la CNEE).<sup>146</sup>
- *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.<sup>147</sup> Como se indicó líneas arriba, es indisputable que, en este caso, los reclamos de las Demandantes están gobernados, fundamentalmente, por las disposiciones del Tratado y los principios del derecho internacional que las desarrollan y definen.
- *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.<sup>148</sup> Como se expuso en el Memorial de Demanda, en este caso, 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.<sup>149</sup>

---

<sup>143</sup> 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-145), pág. 4. Ver Tawil, Guido S., 'The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview', 13 INTERNATIONAL ARBITRATION 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 493.

<sup>144</sup> Memorial de Demanda § III (“Derecho”), págs. 165-229.

<sup>145</sup> 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. 493. Ver Bernardo M. Cremades, y Cairns, David J.A., “*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. 5-6.

<sup>146</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 409-410.

<sup>147</sup> 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. Ver Tawil, Guido S., 'The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview', 13 INTERNATIONAL ARBITRATION 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 493.

<sup>148</sup> *Ídem*.

<sup>149</sup> Memorial de Demanda ¶ 410.

86. En este sentido, “the distinction between a treaty claim and a contractual one will primarily focus on the cause of action that the dispute involves”.<sup>150</sup> Es decir, una reclamación bajo tratado es aquella que invoca una violación del tratado en cuestión, mientras que una reclamación de contrato es aquella que invoca únicamente una violación de un contrato. Y, si bien puede existir una relación entre reclamos bajo tratados que involucran cuestiones relativas a contratos que sirvieron para instrumentar la inversión, esta relación “should not change the nature of a treaty claim”, pues “[i]f its cause of action is a treaty, the tribunal’s jurisdiction to entertain treaty breach claims should be affirmed”.<sup>151</sup>

87. En su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala se limita a etiquetar los reclamos de las Demandantes como “puramente contractuales”.<sup>152</sup> Sin embargo, en este arbitraje, 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.<sup>153</sup> En efecto, como puede ser comprobado en el Memorial de Demanda, la causa de acción de los reclamos de las Demandantes contra la conducta administrativa del Estado encuentra fundamento en las protecciones sustantivas del Tratado, las cuales han sido definidas por el derecho internacional, y, de ser exitosos, generarán la responsabilidad de Guatemala de conformidad con el derecho internacional,<sup>154</sup> por lo que constituyen auténticas reclamaciones bajo el Tratado.

88. Guatemala también hace referencia a las decisiones sobre jurisdicción dictadas en *Impregilo c. Pakistán* y *Bayindir c. Pakistán*.<sup>155</sup> Sin embargo, como se detalla a continuación, los casos de *Impregilo* y *Bayindir* involucraban reclamos en los que expresamente se invocaron incumplimientos contractuales que los demandantes alegaban también constituían reclamos bajo los tratados respectivos. Este ciertamente no es el caso en el presente arbitraje; las Demandantes no están invocando incumplimientos contractuales como violaciones del Tratado. Notablemente, más allá de esta distinción, los tribunales en *Impregilo* y *Bayindir* confirmaron su jurisdicción sobre la mayoría de los reclamos planteados, o la difirieron para la etapa de fondo del asunto.

---

<sup>150</sup> Alejandro Escobar, *Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties*, 2 THIRD INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2004) (CL-145), pág. 40.

<sup>151</sup> 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. 494 (énfasis añadido); Stanimir A. Alexandrov, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, 555 WORLD INVESTMENT & TRADE (2004) (CL-184), págs. 559-562, 564.

<sup>152</sup> Objeciones Preliminares ¶ 30.

<sup>153</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 409-410.

<sup>154</sup> *Ídem* ¶¶ 409-411.

<sup>155</sup> Objeciones Preliminares, nota 28.

89. Específicamente, en *Impregilo c. Pakistán*, la demandante celebró un contrato con una entidad supervisada por el gobierno pakistaní para la construcción de un proyecto hidroeléctrico.<sup>156</sup> Luego de enfrentar obstáculos en la construcción de las obras causados por esa entidad, la demandante presentó (i) reclamos por incumplimientos del tratado aplicable;<sup>157</sup> y (ii) reclamos por incumplimientos del contrato.<sup>158</sup> Respecto de estos últimos, la demandante alegaba que los términos del tratado no limitaban la jurisdicción del tribunal a violaciones del tratado mismo, sino que se referían “cualquier disputa” entre las partes, incluyendo aquellas puramente contractuales.<sup>159</sup> Al considerar las objeciones jurisdiccionales de Pakistán, el tribunal determinó que la entidad parte del contrato en cuestión era totalmente distinta al Estado pakistaní, y no regida por el tratado.<sup>160</sup> Por tanto, el tribunal 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.<sup>161</sup>

90. En cuanto los reclamos por incumplimientos del tratado, Pakistán alegó que éstos estaban fuera de la jurisdicción del tribunal por coincidir con los reclamos contractuales. El tribunal rechazó el argumento del Estado, al considerar 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”.<sup>162</sup> En este contexto, el tribunal indicó que, para que un incumplimiento de un contrato pueda ser considerado simultáneamente una violación del tratado, “it must be the result of behaviour *going beyond that which an ordinary contracting party could adopt*”, pues “[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”.<sup>163</sup>

91. Aplicando estas consideraciones a los “overlapping Treaty and Contract Claims”<sup>164</sup> de *Impregilo*, el tribunal confirmó su jurisdicción respecto de la mayoría de los reclamos presentados bajo el tratado,<sup>165</sup> siendo la única excepción un reclamo relacionado con condiciones geológicas imprevistas

---

<sup>156</sup> *Impregilo c. Pakistán* (Jurisdicción) (RL-8) ¶ 209.

<sup>157</sup> *Ídem* ¶¶ 54-56.

<sup>158</sup> *Ídem* ¶¶ 33-34.

<sup>159</sup> *Ídem* ¶¶ 57-58.

<sup>160</sup> *Ídem* ¶ 209.

<sup>161</sup> *Ídem* ¶ 214.

<sup>162</sup> *Ídem* ¶ 258.

<sup>163</sup> *Ídem* ¶ 260.

<sup>164</sup> *Ídem* ¶ 262.

<sup>165</sup> Respecto de algunos reclamos, el tribunal pospuso su decisión para la fase de fondo, por considerar que necesitaba mayor información para decidir sobre su jurisdicción. *Ídem* ¶ 270, 284 (“With respect to the other alleged breaches of the Contracts, in the absence of detailed factual information, the Tribunal is again not presently in a position to decide whether or not these could be considered as breaches of... the BIT. As stated above, only after a careful examination of those alleged breaches will the Tribunal be able to determine whether the behaviour of Pakistan went beyond that which an ordinary Contracting party could have adopted”).

(evidentemente no atribuibles al Estado) que, además, ya estaba siendo tratado en un procedimiento arbitral bajo la cláusula arbitral del contrato.<sup>166</sup> Notablemente, este es el *único caso* que cita Guatemala en donde se desestimó un reclamo – ni siquiera todo el arbitraje – en fase jurisdiccional sobre la base de una objeción de contrato vs. tratado, y este ejemplo dista enormemente del presente caso. Hay una razón para esta ausencia de citas, y es que los tribunales no entran a este tipo de análisis en fase jurisdiccional, a menos que se trate específicamente de reclamos en donde se invocan incumplimientos contractuales.

92. Similarmente, en *Bayindir c. Pakistán*, el tribunal hizo referencia a la decisión jurisdiccional dictada en *Impregilo* para confirmar que el “test de *puissance publique*” es relevante únicamente en los casos en que los inversionistas plantean reclamos contractuales que simultáneamente pueden implicar una violación del tratado aplicable (y, en cualquier caso, una cuestión perteneciente al fondo del asunto).<sup>167</sup> En palabras del tribunal arbitral:

In the Tribunal’s view, the test of ‘puissance publique’ would be relevant only if [the claimant] was relying upon a contractual breach (by NHA) in order to assert a breach of the BIT. In the present case, Bayindir has abandoned the Contract Claims and pursues exclusively Treaty Claims. When an investor invokes a breach of a BIT by the host State (not itself party to the investment contract), the alleged treaty violation is by definition an act of ‘puissance publique’. The question whether the actions alleged in this case actually amount to sovereign acts of this kind by the State is however a question to be resolved on the merits.<sup>168</sup>

93. De hecho, al confirmar su jurisdicción respecto de los reclamos bajo tratado de Bayindir, el tribunal explicó que, a diferencia de lo ocurrido en *Impregilo* respecto del reclamo por condiciones geológicas imprevistas, “[t]he situation is very different where, as in this case, a party invokes an action by the State, which may or may not have been taken in *puissance publique*”, pues es “difficult to rule out *puissance publique* upon a *prima facie* analysis at the jurisdictional stage”.<sup>169</sup>

94. Por lo tanto, 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

---

<sup>166</sup> *Impregilo c. Pakistán* (Jurisdicción) (RL-8) ¶ 268, 282. Ver también *Bayindir c. Pakistán* (Jurisdicción) (RL-16) ¶¶ 258-259 (“Geological conditions, let alone when unforeseen, are – by their very nature – not attributable to an act of State. Thus, the tribunal in *Impregilo* had no hesitation over excluding them from its jurisdiction.... The situation is very different where, as in this case, a party invokes an action by the State, which may or may not have been taken in *puissance publique*. Unlike the case of geological conditions, it is difficult to rule out *puissance publique* upon a *prima facie* analysis at the jurisdictional stage”).

<sup>167</sup> *Bayindir c. Pakistán* (Jurisdicción) (RL-16) ¶ 180.

<sup>168</sup> *Ídem* ¶ 183 (énfasis añadido).

<sup>169</sup> *Ídem* ¶¶ 259, 263.

de fondo. No obstante, y como se verá en la siguiente Sección, aun cuando el Tribunal decidiese examinar el carácter de poder público de las medidas del Estado que son objeto de la presente objeción, dicho carácter está más que comprobado.

95. Asimismo, está fuera de disputa que las conductas del Estado guatemalteco (principalmente municipales y judiciales) que condujeron precisamente a la necesidad de que las Demandantes sean compensadas por el MEM, son actos de poder público. La inmensidad del caso de las Demandantes supera con creces las objeciones infundadas de la Demandada.

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

96. Según se explicó en el apartado anterior, contrario a lo que alega Guatemala, las Demandantes no han presentado reclamos por incumplimientos del Contrato, ni reclamos por incumplimientos del Contrato que podrían equivaler a un incumplimiento del Tratado. En cambio, las Demandantes han sometido a este arbitraje reclamos por incumplimientos del Tratado causados directamente por la conducta del MEM, un órgano administrativo perteneciente al Estado guatemalteco. En esta medida, como lo indicó el tribunal en *Bayindir*, los actos impugnados por las Demandantes son, **por definición**, actos de poder público que comprometen la responsabilidad internacional de Guatemala. 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.

97. No obstante, incluso si el Tribunal considerase pertinente analizar la naturaleza de la conducta del MEM en esta etapa preliminar, 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.

98. En el contexto del derecho de las inversiones, el concepto de poder público o *puissance publique* “implies a hierarchical or vertical relationship between the State and the investor, with the former exercising its coercive or enforcement powers over the latter”.<sup>170</sup> Además, como reconoce la doctrina internacional, para efectos de identificar el *puissance publique* en el acto que se reclama, “[i]n the

---

<sup>170</sup> Csaba Kovács, *Chapter 5: The Attribution of Internationally Wrongful Conduct, in Attribution in International Investment Law*, 45 INTERNATIONAL ARBITRATION LAW LIBRARY (2018) (CL-213), pág. 136; Georgios Petrochilos, *Attribution, ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, A GUIDE TO THE KEY ISSUES* (2009) (CL-210), pág. 353; Andreas Kulick, *International Investment Law and Comparative Public Law*, 22(3) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2011) (CL-208), pág. 919

investment arbitration jurisprudence there is a marked reliance on the internal administrative law concept of sovereign or public powers”.<sup>171</sup> En este sentido, las fuentes de derecho administrativo interno 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.

99. En el derecho administrativo guatemalteco, “el ejercicio de autoridad y poder” se define mediante el “acto administrativo” o la “decisión administrativa”.<sup>172</sup> En esta medida, “[e]l acto administrativo constituye la base esencial y fundamental de la actividad jurídica del Estado”, pues “regula la función administrativa”.<sup>173</sup> En cuanto a su conceptualización, el acto administrativo bajo el derecho guatemalteco ha sido definido como “una manifestación unilateral de voluntad de los órganos estatales, actuando en función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos subjetivos o generales”.<sup>174</sup> Al respecto, “[l]a unilateralidad no significa, necesariamente, actuación de oficio o ausencia de gestión de parte interesada como ocurre en innumerables actuaciones de la administración”,<sup>175</sup> sino que no se requiere el consentimiento del administrado para que el acto administrativo surta efectos jurídicos.

100. Respecto de las características del acto administrativo, que permiten distinguirlo “del acto jurídico de Derecho Privado” son, de manera enunciativa: (i) la presunción de legitimidad; (ii) la ejecutividad y ejecutoriedad; (iii) la unilateralidad; (iv) la revocabilidad; y (v) la impugnabilidad.<sup>176</sup> En particular, la ejecutividad del acto administrativo implica que estos tienen “fuerza inmediata de ejecución”, mientras que la ejecutoriedad se refiere a “la posibilidad que tiene la administración de ejecutar el acto por sí misma... pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción”.<sup>177</sup> Por su parte, la unilateralidad del acto – que, como se explicó, se refiere a la efectividad del acto sin necesidad de consentimiento del administrado – conlleva a la impugnabilidad del mismo, pues “permite a los afectados hacer valer su inconformidad con un acto de la administración por estimar que afecta sus derechos o intereses”.<sup>178</sup> La revocabilidad del acto, y la revocación en sí misma, “es de exclusiva incumbencia de la administración pública”, pues “el recurso de revocatoria es un instrumento impugnativo que corresponde a

---

<sup>171</sup> Csaba Kovács, *Chapter 5: The Attribution of Internationally Wrongful Conduct, in Attribution in International Investment Law*, 45 INTERNATIONAL ARBITRATION LAW LIBRARY (2018) (CL-213), pág. 136.

<sup>172</sup> Jorge Castillo, *Derecho Procesal Administrativo (C-749)*, pág. 2.

<sup>173</sup> José Canasí, *Derecho Administrativo (1974) (C-750)*, pág. 2.

<sup>174</sup> Eric Meza, *Manual de Derecho Administrativo (C-751)*, pág. 184.

<sup>175</sup> *Ídem*, pág. 185.

<sup>176</sup> *Ídem*, pág. 186.

<sup>177</sup> *Ídem*, pág. 186.

<sup>178</sup> *Ídem*, pág. 187.

los administrados”.<sup>179</sup> En este sentido, la impugnabilidad del acto es una característica fundamental para la distinción, pues “[e]l acto administrativo, como expresión de una potestad que ejerce el órgano que lo dicta, es también impugnabile [porque] el ordenamiento jurídico ha diseñado un conjunto de medios de impugnación que permite a los particulares, en su momento, manifestar su inconformidad con los actos de la administración que les afectan”.<sup>180</sup>

101. Además de estudiar la noción del acto administrativo, la doctrina guatemalteca también ha hecho un esfuerzo por “formular una clasificación de los actos de la administración a fin de ordenar la amplísima gama de los mismos”.<sup>181</sup> En este sentido, los actos de la administración pública guatemalteca pueden clasificarse, entre otros aspectos, considerando: (i) el contenido del acto; o (ii) tomando en consideración las clasificaciones tradicionales de los actos administrativos.<sup>182</sup> En la primera categoría, los actos pueden clasificarse en: (a) aquellos destinados a ampliar la esfera jurídica de los administrados (*e.g.*, autorización, aprobación, admisión, concesión, renuncia, dispensa); (b) aquellos destinados a restringir la esfera jurídica de los administrados (*e.g.*, órdenes, prohibiciones, intimaciones, inspecciones, punitivos o sancionatorios); y (c) aquellos destinados a hacer constar la existencia de un hecho, un derecho, o una situación jurídica determinada (*e.g.*, certificaciones, actos de registro, notificaciones).<sup>183</sup>

102. Por su parte, las clasificaciones tradicionales de los actos de la administración se refieren a los binomios en que históricamente han sido categorizados: (i) actos de gobierno y actos de administración; y (ii) actos de autoridad y actos de gestión.<sup>184</sup> La primera categoría pertenece a la teoría que distingue los actos del poder político (de gobierno) que no eran susceptibles de recurso alguno, mientras que los actos administrativos sí quedaban sujetos a los medios de defensa disponibles para los administrados.<sup>185</sup> Por supuesto, esta distinción enfrenta cada vez mayores restricciones, pues, amparándose en ella, se encontraba una puerta a la arbitrariedad del poder público.<sup>186</sup> Finalmente, la segunda categoría parte de dos concepciones jurídicas tradicionales; por una parte, la teoría de la división de poderes y, por otra, la tesis de la doble personalidad del Estado. Así, los actos de autoridad son “aquellos actos en que la administración obra[] como poder, imperativamente, quedando sometidos a la revisión contencioso-

---

<sup>179</sup> *Ídem*, pág. 187.

<sup>180</sup> *Ídem*, pág. 187.

<sup>181</sup> *Ídem*, pág. 191.

<sup>182</sup> *Ídem*, pág. 191.

<sup>183</sup> *Ídem*, pág. 192.

<sup>184</sup> *Ídem*, pág. 201.

<sup>185</sup> *Ídem*, pág. 201.

<sup>186</sup> *Ídem*, pág. 201.

administrativa”,<sup>187</sup> mientras que los actos de gestión son aquellos en que “la administración actúa despojada del *jure imperium*, en plano de igualdad con los particulares, y queda[] sometido a la jurisdicción ordinaria o común, debido a su régimen jurídico de Derecho Privado”.<sup>188</sup>

103. Otra fuente valiosa para el Tribunal se encuentra en el derecho administrativo comparado. Así, en el derecho francés, el concepto de *puissance publique* expresa y justifica el carácter exorbitante de los medios concedidos a la administración pública (incluyendo para imponer su voluntad a terceros, modificar contratos unilateralmente, expropiar, etc.).<sup>189</sup> Este carácter exorbitante de las prerrogativas de la administración pública se fundamenta tanto en su origen (la autoridad soberana en la que reside el poder administrativo) como en su finalidad (la realización del “bien público”).<sup>190</sup> Estos elementos conllevan definir la noción de *puissance publique* como “un conjunto de prerrogativas exorbitantes y exclusivas, orientadas a la defensa de los intereses del cuerpo político”.<sup>191</sup> Como reflejo de las prerrogativas exorbitantes inherentes al *puissance publique*, el derecho francés elaboró el concepto de “acto administrativo unilateral”, que constituye, junto con el contrato, uno de los medios jurídicos de los cuales dispone la administración para asegurar la ejecución concreta de sus misiones de servicio público.<sup>192</sup>

104. De hecho, el acto administrativo unilateral es el instrumento por excelencia de la actuación administrativa.<sup>193</sup> Se trata de un acto jurídico de la autoridad administrativa que modifica el ordenamiento jurídico, estableciendo nuevas normas legales, nuevos derechos y obligaciones, o modifica las normas existentes.<sup>194</sup> A diferencia de un contrato o de un acto contractual – los cuales se basan y/o requieren del acuerdo de ambas partes – un acto administrativo unilateral no requiere el consentimiento de los administrados. Se imponen a los administrados como consecuencia de las prerrogativas exorbitantes de la administración.

105. Así, el derecho francés reconoce una variedad de actos administrativos unilaterales que son promulgados diariamente por los órganos pertenecientes a la administración pública, bajo denominaciones diversas: decretos, resoluciones, permisos, autorizaciones, aprobaciones, sanciones, circulares,

---

<sup>187</sup> *Ídem*, pág. 203.

<sup>188</sup> *Ídem*, pág. 203.

<sup>189</sup> Dictionnaire d'administration Publique, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, PUG, 2014 (C-758).

<sup>190</sup> *Ídem*.

<sup>191</sup> *Ídem*.

<sup>192</sup> Charles Froger, Notion d'acte administratif (C-752).

<sup>193</sup> *Ídem*.

<sup>194</sup> *Ídem*.

instrucciones, directivas, recomendaciones, proposiciones, etc.<sup>195</sup> Además, tres criterios permiten distinguir los actos administrativos unilaterales bajo derecho francés: (i) debe ser un acto jurídico, capaz de producir efectos jurídicos como crear o modificar derechos; (ii) debe proceder de la voluntad unilateral del administrador; (iii) debe ser realizado por una autoridad administrativa, responsable de velar por el interés general, y no por un simple particular.<sup>196</sup>

106. Asimismo, en el derecho mexicano, el ejercicio del poder público por parte de órganos pertenecientes a la administración pública del Poder Ejecutivo puede identificarse a través de la existencia de los “actos administrativos” o “actos de autoridad”. La doctrina ha indicado que las notas distintivas de un acto administrativo, entre otras, son: (i) la unilateralidad del acto; (ii) la expresión de potestades públicas; (iii) y haber sido emitido por un órgano administrativo.<sup>197</sup> De acuerdo con los tribunales federales, los “actos de autoridad” de un “ente soberano” son aquellos en que “se conducen con potestad y poder, de forma unilateral y coercible, con la facultad que le confiere la ley”.<sup>198</sup> Asimismo, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “la característica del acto de autoridad es el ejercicio de la potestad pública y la unilateralidad jurídica del acto que lleva a cabo el funcionario sin permitir a la persona física o moral a la que afecta dicho acto otra defensa que no sea la de acudir, entre otros medios, al juicio de garantías en materia administrativa”.<sup>199</sup>

107. En este sentido, las fuentes de derecho administrativo proporcionan las características que comúnmente revisten los actos de poder público por parte de órganos estatales, particularmente aquellos pertenecientes a la administración pública. En particular, 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;

---

<sup>195</sup> *Ídem.*

<sup>196</sup> *Ídem.*

<sup>197</sup> José Roldán, Derecho Administrativo (2012) (C-753), págs. 311-312.

<sup>198</sup> Tribunales Colegiados de Circuito (Federales), Tesis Aislada III.2o.A.224 A (No. de Registro 165155), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de 2010 (C-756).

<sup>199</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (No. de Registro 317981), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de 1954 (C-757).

- 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;
- Están sometidos a la revisión administrativa y contencioso-administrativa, de conformidad con el derecho público.

108. En este caso, 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. En efecto, todos los actos que son materia de la objeción de Guatemala:<sup>200</sup>

- 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, como se detalla en el siguiente apartado, 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, como también se explica en el siguiente apartado;
- 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

109. En su escrito, 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”.<sup>201</sup> Asimismo, Guatemala sostiene que

<sup>200</sup> Se trata de los siguientes actos: (i) La Resolución No. 2017-1515 y subsecuentes resoluciones administrativas mediante las cuales se impusieron nuevos términos y obligaciones en perjuicio de las Demandantes; (ii) la Resolución No. 770-2018 mediante la cual se declaró un supuesto incumplimiento y anunció la potencial imposición de sanciones previstas en la LGE; (iii) las Resoluciones Nos. 1198-2020 y 1258-2020 mediante las cuales se rechazó arbitrariamente el ajuste del Canon Anual solicitado por TRECSA por los costos y gastos adicionales derivados de eventos de Fuerza Mayor y Caso Fortuito; (iv) las Resoluciones Nos. 921-2020, 925-2020, y 928-2020 mediante las cuales se rechazó el ajuste del Canon Anual por los montos adicionales invertidos en la constitución de servidumbres; y (v) la Resolución No. 214-2021 mediante la cual se canceló la compensación debida asociada a las Obras Excluidas del alcance del Proyecto PET.

<sup>201</sup> Objeciones Preliminares ¶ 35.

“las Demandantes no han podido ni siquiera explicar de qué forma la conducta del MEM correspondería, en efecto, el ejercicio de dichos poderes [soberanos]”.<sup>202</sup>

110. Como se ha visto, no corresponde en esta etapa que el Tribunal efectúe una determinación final acerca de la existencia de actos soberanos. En cualquier caso, Guatemala ni siquiera ofrece parámetro objetivo alguno acerca de qué constituye, bajo el derecho internacional, el ejercicio de facultades soberanas, y cómo en este caso supuestamente no se cumpliría dicho ejercicio.<sup>203</sup> Como se verá a continuación, los argumentos de la Demandada no son suficientes para probar que los actos del MEM respecto del Proyecto PET y las Demandantes son meros actos comerciales sin injerencia alguna de facultades soberanas.

111. Tribunales internacionales han considerado que una violación de los estándares del Tratado “requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado.”<sup>204</sup> y, en este sentido, la distinción “between a State’s governmental and commercial acts has been applied in some cases in order to differentiate a treaty breach from a contract breach, particularly concerning the standard of fair and equitable treatment”.<sup>205</sup> En este caso, el elemento de “*something more*” se ve ampliamente superado y, en todo caso, su determinación correspondería propiamente a la fase de fondo del arbitraje.

112. Por ejemplo, en *Siemens c. Argentina*, al decidir sobre la naturaleza de la conducta del Estado, el tribunal concluyó que éste “step[ped] out of its role as a contractual party”<sup>206</sup> porque, entre otras cosas: (i) “Argentina interfered in the contractual relationship with [claimant] by requiring changes in the economic equation when the change of Government occurred and nearly a year before the fiscal emergency was declared”;<sup>207</sup> (ii) “Argentina failed to enter into the agreements with the provinces related to the [investment]”, usando su “political structure to excuse itself from the obligation undertaken”, siendo que, “[a]s a State, Argentina should know what is possible for it to do (or not to do) with respect to its Provinces and the extent to which it may honor its commitments because of its own political structure”;<sup>208</sup> (iii) “Argentina has not paid compensation, using arguments that go beyond its rights under the contract”.<sup>209</sup>

---

<sup>202</sup> *Ídem* ¶ 37.

<sup>203</sup> *Ver, en general, Ídem* § 3.1.

<sup>204</sup> *Vivendi I c. Argentina* (Anulación) (CL-148) ¶ 113.

<sup>205</sup> Tawil, Guido S., *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, 13 INTERNATIONAL ARBITRATION 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 524.

<sup>206</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007 (“*Siemens c. Argentina* (Fondo)”) (CL-105) ¶ 254.

<sup>207</sup> *Ídem* ¶ 256 (énfasis añadido).

<sup>208</sup> *Ídem* ¶ 257.

<sup>209</sup> *Ídem* ¶ 259 (énfasis añadido).

El tribunal concluyó que, “[i]n the actions listed above, Argentina acted in use of its police powers rather than as a contracting party even if it attempted at times to base its actions on the contract”.<sup>210</sup>

113. En *Convial c. Perú*, las demandantes reclamaron una violación del tratado debido a que la Municipalidad Provincial del Callao (MPC) terminó unilateral y anticipadamente el contrato de concesión, invocando el interés público como causal de caducidad.<sup>211</sup> En su análisis sobre el fondo, el tribunal señaló que, en los casos donde se ha equiparado una violación contractual a una violación del tratado, el análisis permite identificar “actos que a primera vista parecen incumplimientos contractuales, pero que en realidad son actos soberanos, que podrían comprometer la responsabilidad internacional del Estado”.<sup>212</sup>

114. Al analizar los hechos del caso, el tribunal determinó que la MPC declaró la caducidad del contrato por interés público como una prerrogativa contractual y no como una manifestación del poder soberano, por dos razones principales. Primero, porque las partes “acordaron libremente en el contrato”,<sup>213</sup> y únicamente en el contrato,<sup>214</sup> todos los aspectos relevantes de la declaración de caducidad, incluyendo: (i) la facultad *per se* de la MPC de declararla;<sup>215</sup> (ii) las causales que la MPC podría invocar para declararla, entre las que se encontraba el interés público;<sup>216</sup> y (iii) el procedimiento aplicable para invocar dicha causal y para finiquitar por completo la relación contractual, “sin necesidad de seguir un procedimiento diferente al previsto en las cláusulas” contractuales.<sup>217</sup> Segundo, porque, avalado por los testimonios de los expertos de las partes en derecho peruano, “ni la normatividad peruana ni la doctrina y sentencia citadas permiten concluir que la caducidad sea una facultad exorbitante en el ordenamiento jurídico peruano”.<sup>218</sup> El tribunal hizo referencia a precedentes internacionales donde la medida impugnada se instrumentó en “actos soberanos”, como “decretos, leyes o ciertos actos administrativos que emanen del Estado”,<sup>219</sup> para distinguir el caso de las demandantes, donde la notificación de caducidad de la MPC invocó únicamente facultades

---

<sup>210</sup> *Ídem* ¶ 260 (énfasis añadido).

<sup>211</sup> *Convial c. Perú* (Fondo) (CL-143) ¶ 513.

<sup>212</sup> *Ídem* ¶ 511 (énfasis añadido).

<sup>213</sup> *Ídem* ¶ 517.

<sup>214</sup> *Ídem* ¶ 537 (“[Q]ue la MPC haya declarado la caducidad por motivos de interés público no implica que no estuviera ejerciendo una potestad cuva única fuente es el Contrato, máxime cuando el interés público fue una de las causales de caducidad contractualmente pactadas”) (énfasis añadido).

<sup>215</sup> *Ídem* ¶ 517.

<sup>216</sup> *Ídem* ¶¶ 517-518.

<sup>217</sup> *Ídem* ¶¶ 520-521 (énfasis añadido).

<sup>218</sup> *Ídem* ¶¶ 526 (énfasis añadido).

<sup>219</sup> *Ídem* ¶¶ 529-530 (citando *SPP c. Egipto* y *Waste Management c. México*).

previstas en las cláusulas contractuales relevantes,<sup>220</sup> y no otras fuentes que revelaran el ejercicio de facultades soberanas.<sup>221</sup>

115. De manera clave, la misma terminación del contrato en el caso de *Convial*, que era la medida clave de la que se agraviaba el demandante, había sido efectuada **mediante una carta** en la que solo se invocaban cláusulas contractuales, y no mediante una resolución administrativa.<sup>222</sup> En palabras del tribunal: “que la MPC haya declarado la caducidad por motivos de interés público no implica que no estuviera ejerciendo una potestad cuya única fuente es el Contrato, máxime cuando el interés público fue una de las causales de caducidad contractualmente pactadas”.<sup>223</sup>

116. En *Abaclat c. Argentina*, las demandantes reclamaban la privación del valor de sus inversiones en virtud de la cesación de pago de bonos soberanos por parte del Estado argentino, así como los “actos subsiguientes realizados por Argentina en torno a [dicha] cesación”.<sup>224</sup> Estos actos incluían, entre otros, que Argentina “incumplió las obligaciones contraídas en virtud de los bonos y luego se rehusó a negociar con los bonistas, formulando así una oferta de canje unilateral y punitiva dirigida” a las demandantes.<sup>225</sup> Argentina objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que “la omisión de pago en virtud de los bonos” constituía “una reclamación contractual” no comprendida dentro de la esfera del tratado aplicable.<sup>226</sup> Al rechazar la objeción del Estado, el tribunal consideró que una reclamación no puede considerarse como puramente contractual “si el Estado receptor, a través de un acto soberano, altera unilateralmente el equilibrio del contrato y las disposiciones que él contiene”, lo cual “sucede cuando las circunstancias y/o el comportamiento de dicho Estado parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano”.<sup>227</sup> El tribunal destacó que, en ese caso, para fines de distinguir la naturaleza de los actos del Estado argentino, lo pertinente no era el hecho de que existiese (o no) un incumplimiento de obligaciones contractuales frente a las demandantes, sino que “Argentina no invocó un derecho contractual a hacerlo, como por ejemplo, una disposición sobre fuerza mayor”, ni alguna otra “disposición contractual... que la excusara del cumplimiento de sus obligaciones contractuales frente a las

---

<sup>220</sup> *Ídem* ¶¶ 534-535.

<sup>221</sup> *Ídem* ¶ 537.

<sup>222</sup> *Ídem* ¶¶ 415, 535.

<sup>223</sup> *Ídem* ¶ 537 (énfasis añadido).

<sup>224</sup> *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (“*Abaclat c. Argentina* (Jurisdicción y Admisibilidad)”) (RL-14) ¶ 238.

<sup>225</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 238(i).

<sup>226</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 307(i).

<sup>227</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 318.

Demandantes”.<sup>228</sup> Es decir, que Argentina no respaldó o fundamentó sus actos en derechos u obligaciones contractuales, sino que “bas[ó] y justific[ó] su incumplimiento en su situación de insolvencia, la cual nada tiene que ver con determinado contrato”.<sup>229</sup> Por tanto, el tribunal consideró que “lo dispuesto por Argentina se basó en las potestades soberanas de la Demandada”, pues “no se basó en fundamentos o mecanismos contractuales ni emana de ellos”.<sup>230</sup>

117. En estas circunstancias, el tribunal arbitral determinó que la controversia puesta en su conocimiento “no surge del mero hecho de que Argentina haya faltado al cumplimiento de las obligaciones de pago que le imponían los bonos, sino del hecho de que intervino en forma soberana, en virtud de sus potestades como Estado, para modificar sus obligaciones de pago”.<sup>231</sup> Con base en estas consideraciones, el tribunal confirmó su jurisdicción respecto de todas las reclamaciones planteadas por los inversionistas, al considerar que se relacionaban con “las medidas que adoptó Argentina para remediar su insolvencia financiera”, las cuales “se basaron en una decisión soberana de Argentina... y no de sus derechos u obligaciones como deudora en virtud de determinado contrato”.<sup>232</sup>

118. Por su parte, el tribunal en *SGS c. Paraguay* consideró que “un incumplimiento contractual por parte del Paraguay bien podría constituir un acto soberano”, pues “[I]lógicamente, se puede caracterizar como ‘acto soberano’ todo acto de un Estado soberano, incluidos los realizados por un Estado para dejar de cumplir o rescindir contratos de los que sea parte”, por lo que “es difícil establecer una base sobre la cual los actos del Estado, exclusivamente porque se producen en el contexto de un contrato o de una transacción comercial, de algún modo dejan de ser actos del Estado, con respecto a los cuales éste pueda ser considerado internacionalmente responsable”.<sup>233</sup>

119. En síntesis, a la luz de esta línea de criterios, 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 internacional del Estado si resultan ser violatorios de un tratado de protección de inversiones. Estos incluyen, de manera enunciativa, más no limitativa:

---

<sup>228</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 321.

<sup>229</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 320-321. En particular, Argentina invocó “invoc[ó] como justificación de su incumplimiento las circunstancias excepcionales que rodearon a su situación de cesación de pago, vinculadas con la devastadora situación financiera que experimentaba al final de 2001”. *Ídem*.

<sup>230</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 323.

<sup>231</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 324.

<sup>232</sup> *Ídem* (RL-14) ¶ 325.

<sup>233</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (“*SGS c. Paraguay* (Fondo)”) (CL-152) ¶ 73 (énfasis añadido).

- 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;
- Cuando la medida estatal impugnada se instrumentó en actos propios de la función administrativa, como decretos, leyes, o actos y resoluciones administrativas.

120. Como se describirá a continuación, 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. Sin embargo, en cada una de estas medidas 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.

121. Respecto de la **Resolución No. 2017-1515**, Guatemala afirma que el MEM la emitió en el “ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera”<sup>234</sup> del Contrato. Sin embargo, como acepta la propia Demandada líneas más abajo en su escrito,<sup>235</sup> la Cláusula Décima Primera del Contrato otorga a TRECSA el derecho de solicitar la modificación del Programa de Ejecución de Obras como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.<sup>236</sup> Guatemala no cita disposición contractual alguna (porque no existe) que autorice al MEM a modificar unilateralmente los términos del Contrato, y mucho menos a imponer a su conveniencia nuevas obligaciones a TRECSA, desconocer sus derechos adquiridos, y aumentar las garantías de cumplimiento.<sup>237</sup>

122. Guatemala también alega que la imposición de estos nuevos términos no fue “unilateral” porque “fueron formalizad[o]s en una escritura pública suscrita por ambas partes”.<sup>238</sup> La Demandada omite

---

<sup>234</sup> Objeciones Preliminares ¶ 38.

<sup>235</sup> *Ídem* ¶ 38.

<sup>236</sup> Memorial de Demanda ¶ 80.

<sup>237</sup> *Ídem* ¶¶ 198-230.

<sup>238</sup> Objeciones Preliminares ¶ 39.

mencionar que el MEM requirió a TRECSA la entrega de dicha escritura pública, en los términos de la Resolución No. 2017-1515, “bajo apercibimiento” de no acceder a la prórroga del plazo de ejecución de obras.<sup>239</sup> Guatemala alega que “exigir ciertos términos para aceptar una modificación a un contrato” es “simplemente una conducta que puede asumir cualquier parte contractual”.<sup>240</sup> Sin embargo, la Demandada no cita disposición contractual alguna (porque no existe) que autorice al MEM a condicionar la autorización de las prórrogas del plazo de ejecución de obras a que TRECSA acepte nuevos términos impuestos unilateralmente, y mucho menos a emitir un “apercibimiento”, lo cual es propio del ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana.<sup>241</sup> Por lo demás, Guatemala simplemente ignora el resto de los hechos y actos del MEM en torno a la imposición arbitraria de nuevos términos vía resolución ministerial,<sup>242</sup> que configuró las violaciones del Tratado que se reclaman.<sup>243</sup>

123. En este caso, a diferencia de lo ocurrido en *Convial*, por ejemplo, los actos del MEM no se fundaron en derechos o prerrogativas establecidas en el Contrato, sino que fueron emitidos en ejercicio de facultades soberanas, y en instrumentos propios de dicho ejercicio, a saber, resoluciones ministeriales. En cambio, similar a lo ocurrido en *Siemens y Abaclat*, el MEM salió 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, como distinguió el tribunal en *Duke c. Ecuador*,<sup>244</sup> bajo apercibimiento de aplicar una sanción no convenida contractualmente, sino en ejercicio de sus atribuciones soberanas.

124. Por contraste, las Demandantes no habrían tenido la facultad de imponer unilateralmente, bajo apercibimiento, cláusulas contractuales nuevas, modificando sus derechos y obligaciones respectivas.

125. Respecto de la **Resolución No. 770-2018**, Guatemala alega que el MEM “declaró el incumplimiento contractual (y emitió la respectiva Resolución) de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima Novena del Contrato”.<sup>245</sup> Sin embargo, como indicó el Comité de Anulación en *Vivendi I*, citado más arriba, la cuestión de si una conducta concreta supone la violación del Tratado, no se determina

---

<sup>239</sup> Memorial de Demanda ¶ 225.

<sup>240</sup> Objeciones Preliminares ¶ 41.

<sup>241</sup> Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo (C-751), pág. 192 (*i.e.* un apercibimiento es una intimación que advierte de las consecuencias punitivas que acarrea su incumplimiento).

<sup>242</sup> Memorial de Demanda § II.C.3.a (“La imposición arbitraria de nuevos términos vía resolución ministerial”), págs. 85-98.

<sup>243</sup> *Ídem* ¶¶ 409-410.

<sup>244</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (CL-151) ¶ 354.

<sup>245</sup> Objeciones Preliminares ¶ 43.

preguntándose simplemente si dicha conducta implica el ejercicio de derechos contractuales.<sup>246</sup> Conforme al criterio expuesto por el mismo panel, este Tribunal tiene jurisdicción para basar su decisión en el Contrato, al menos en la medida en que sea necesario para determinar si se han infringido las normas sustantivas del Tratado.<sup>247</sup>

126. En el caso de la Resolución No. 770-2018, como se explicó en el Memorial de Demanda (pero Guatemala pasa por alto) el MEM utilizó disposiciones contractuales a su conveniencia para amenazar con la imposición de sanciones previstas en la ley guatemalteca, en una resolución emitida en ejercicio de las funciones que le otorgan esa ley.<sup>248</sup> Por tanto, no se trató del ejercicio de prerrogativas meramente contractuales. Cuando TRECSA intentó combatir dicha resolución mediante el procedimiento administrativo previsto en esa misma ley, el MEM se ha demorado más de tres años en resolverlo, generando una alta incertidumbre con relación a potenciales sanciones.<sup>249</sup> Como indicó el tribunal en *Convial*, un tribunal tiene jurisdicción para conocer y resolver sobre actos que, aunque pudiesen parecer, a primera vista, incumplimientos contractuales, en realidad son actos soberanos que podrían comprometer la responsabilidad internacional de Guatemala.<sup>250</sup>

127. Por contraste, las Demandantes no habrían tenido la facultad sancionar, o amenazar con sancionar, a su contraparte contractual.

128. Respecto de los **ajustes del Canon Anual**, Guatemala afirma que “ninguno de estos reclamos puede tener su fuente en el ejercicio de poderes soberanos por parte del Estado”,<sup>251</sup> por la única razón de que “los tres tipos de ajustes del Canon Anual... se encuentran regulados tanto en el Contrato como en las Bases de Licitación”,<sup>252</sup> haciendo referencia a las Cláusulas Quinta y Décima Primera del Contrato y el numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación.<sup>253</sup> Guatemala añade que “cada uno de los procedimientos de ajuste del Canon Anual... fueron tramitados y decididos por el MEM en ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en cada una de las citadas disposiciones” contractuales.<sup>254</sup> La

---

<sup>246</sup> *Vivendi I c. Argentina* (Anulación) (CL-148) ¶ 110.

<sup>247</sup> *Ídem* ¶ 110.

<sup>248</sup> Memorial de Demanda ¶ 232. Ver MEM, Resolución No. 770-2018 del 13 de abril de 2018 (C-152), pág. 4. Memorial de Demanda § II.C.3.b (“La determinación arbitraria de incumplimiento”), págs. 98-101.

<sup>249</sup> Memorial de Demanda ¶ 234.

<sup>250</sup> *Convial c. Perú* (Fondo) (CL-143) ¶ 511.

<sup>251</sup> Objeciones Preliminares ¶ 45.

<sup>252</sup> *Ídem* ¶ 46.

<sup>253</sup> *Ídem*.

<sup>254</sup> *Ídem* ¶ 47.

posición de Guatemala es por demás reduccionista de los hechos y actos del Estado en torno a los procesos administrativos arbitrarios de ajuste del Canon Anual,<sup>255</sup> que configuraron las violaciones del Tratado que se reclaman.<sup>256</sup>

129. En cuanto a los procesos de ajuste por Fuerza Mayor o Caso Fortuito, contrario a lo que indica Guatemala, la Cláusula Décima Primera del Contrato otorga a TRECSA únicamente el derecho de solicitar el referido ajuste.<sup>257</sup> La Demandada no cita (porque no existe) disposición contractual alguna que regule el procedimiento. A diferencia de lo ocurrido en *Convial*, como se detalló en el Memorial de Demanda,<sup>258</sup> el procedimiento de ajuste del Canon 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.<sup>259</sup> De hecho, como se desprende del texto del Acuerdo Ministerial No. 348-2013, éste fue emitido por el MEM en ejercicio de sus funciones como órgano estatal perteneciente a la administración pública, precisamente porque en el Contrato no se estableció el procedimiento de ajuste:

#### CONSIDERANDO

Que en la cláusula décima primera del referido Contrato se pactó que la calificación de fuerza mayor o caso fortuito podría generar gastos y costos adicionales, los que al estar plenamente justificados provocarían ajustes en el valor del canon anual, sin que en ese instrumento público se haya establecido el procedimiento necesario para el efecto.

#### POR TANTO:

En el ejercicio de las funciones que le confieren los artículos 194 literal f) de la Constitución Política de Guatemala; 22 y 27 literal m) de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 117-97 del Congreso de la República y sus reformas; 4 literal g) y 6 literal b) del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas, Acuerdo Gubernativo 382-2006 y sus reformas

#### ACUERDA:

Aprobar el siguiente procedimiento para ajuste del valor del canon anual como resultado de los costos y gastos adicionales generados por las fuerzas mayores o casos fortuitos aceptados por el Ministerio de Energía y Minas.<sup>260</sup>

---

<sup>255</sup> Memorial de Demanda § II.C.3.c (“Los procesos administrativos arbitrarios de ajuste del Canon Anual”), págs. 101-140.

<sup>256</sup> *Ídem* ¶¶ 409-410.

<sup>257</sup> *Ídem* ¶ 90.

<sup>258</sup> *Ídem* ¶ 139-140. Ver Acevedo ¶ 47; Díaz ¶ 24.

<sup>259</sup> MEM, Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013 (C-96), pág. 1; MEM, Resolución No. 2140 del 23 de junio de 2015 (C-611), pág. 2.

<sup>260</sup> MEM, Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013 (C-96), pág. 1 (énfasis añadido).

130. Además, Guatemala omite mencionar que, como se desprende de las Resoluciones Nos. 1198 y 1258, relativas a los procesos de ajuste del Canon Anual por Fuerza Mayor o Caso Fortuito, éstas fueron emitidas, “una vez agotado el trámite administrativo”,<sup>261</sup> y en ejercicio de las funciones que confieren las leyes guatemaltecas al MEM y la CNEE, en los siguientes términos:

[L]a Comisión Nacional de Energía Eléctrica como órgano técnico de este Ministerio, en virtud de las funciones y atribuciones que le designa la Ley General de Electricidad, así como lo prescribe el Acuerdo Ministerial número 348-2013 del 10 de octubre de 2013 de este Ministerio, procedió a revisar y analizar la información presentada en la cual concluyó que los costos y gastos adicionales en los que ha incurrido la entidad [TRECESA] hasta el 31 de enero de 2019 asciende a la cantidad de... USD \$11,934,917.86. En virtud del monto anteriormente descrito y de lo que prescribe el artículo 3 del Acuerdo Ministerial número 348-2013... la Comisión Nacional de Energía Eléctrica procedió a calcular el ajuste al valor del Canon Anual, utilizando para ello la tasa de actualización indicada.... Por lo que, una vez agotado el trámite administrativo, es procedente emitir la resolución que en derecho corresponde. POR TANTO. Este Ministerio, en virtud de lo establecido en los artículos citados y los artículos 28, 152 y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 2, 4, 20, 22, 27 literales m) y q) del Decreto número 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo; 3 del Decreto número 93-96 del Congreso de la República, Ley General de Electricidad; 3 del Acuerdo Gubernativo número 382-2006, Reglamento Orgánico del Ministerio de Energía y Minas; Acuerdo Ministerial número 348-2013 de fecha 10 de abril de 2013 emitido por este Ministerio; al declarar, RESUELVE....<sup>262</sup>

131. En este sentido, como en los casos de *Convial, SSP c. Egipto y Waste Management c. México*, los actos del MEM se instrumentaron mediante actos administrativos propios del poder soberano estatal. De manera similar a lo ocurrido en *Siemens y Abaclat*, el MEM y la CNEE rechazaron toda compensación con base en argumentos completamente fuera de sus derechos bajo el Contrato.<sup>263</sup>

132. En efecto, como se explicó en el Memorial de Demanda, el MEM y la CNEE rechazaron los ajustes solicitados por TRECESA desconociendo por completo las reglas procesales establecidas en el Acuerdo Ministerial No. 348-2013, y bajo argumentos tales como el supuesto incumplimiento de requisitos nuevos (no previstos en el Acuerdo Ministerial No. 348-2013 ni en el Contrato), el desconocimiento de los casos de Fuerza Mayor que habían sido reconocidos por el MEM en el pasado (facultad no prevista en el

---

<sup>261</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 258-278. Ver MEM, Resolución No. 1198 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 26 de julio de 2021 (C-159), pág. 4; MEM, Resolución No. 1258 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 5 de agosto de 2021 (C-161), pág. 4.

<sup>262</sup> MEM, Resolución No. 1198 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 26 de julio de 2021 (C-159), págs. 4-5 (énfasis añadido); MEM, Resolución No. 1258 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 5 de agosto de 2021 (C-161), págs. 4-5 (énfasis añadido).

<sup>263</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 272-278; 285-302.

Acuerdo Ministerial No. 348-2013 ni en el Contrato), la aplicación arbitraria de la tasa de actualización del 7% real anual (facultad no prevista en el Acuerdo Ministerial No. 348-2013 ni en el Contrato), entre otros.

133. De hecho, como puede verse en el dictamen técnico emitido por el Departamento de Desarrollo Energético del MEM en septiembre de 2017, el propósito del MEM siempre fue de “suprimir”<sup>264</sup> el derecho de las Demandantes a recibir los costos y gastos adicionales generados por eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, debido a que “el impacto a la tarifa” de energía “podía acrecentarse”<sup>265</sup> si dicha compensación se autorizaba. En este sentido, tal como en *Teco c. Guatemala*,<sup>266</sup> el MEM y la CNEE abusaron de su poder soberano para rechazar la compensación debida, mediante un procedimiento administrativo en desacato del marco regulatorio, y siguiendo criterios políticos, no contractuales.<sup>267</sup>

134. Por contraste, las Demandantes no habrían tenido la facultad de emitir resoluciones administrativas con relación al Contrato, aplicando criterios provenientes supuestamente de instrumentos legales extra-contractuales, para decidir sobre los derechos u obligaciones de su contraparte contractual respecto de la compensación relativa a eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

135. En cuanto a los *procesos de ajuste por servidumbres*, como la propia Guatemala acepta,<sup>268</sup> la Cláusula Quinta del Contrato únicamente consagra, “como uno de los derechos” de TRECSA solicitar el referido ajuste. Guatemala omite mencionar que, como se desprende de las Resoluciones No. 921-2020, 925-2020, y 928-2020, éstas fueron emitidas por el MEM en ejercicio de las funciones que le confieren las leyes guatemaltecas, en los siguientes términos:

POR TANTO. Este Ministerio, con base en lo considerado, opiniones emitidas y con fundamento en lo establecido en los artículos 28, 29, 121, 125, 129, 152 y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 2, 4, 20, 22 y 34 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República; 3 de la Ley General de Electricidad, Decreto número 93-96 del Congreso de la República; 3 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, Acuerdo Gubernativo número 256-97; 4 literal h y 6 literal b) del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas, Acuerdo Gubernativo número 382-2006, al resolver: DECLARA: NO PROCEDENTE la solicitud realizada por [TRECSA]...”<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> MEM (Departamento de Desarrollo Energético), Dictamen Técnico DE-DGE-270/2017 del 13 de septiembre de 2017 (C-743), pág. 10 (énfasis añadido).

<sup>265</sup> *Ídem*.

<sup>266</sup> *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (“*TECO c. Guatemala* (Fondo)”) (CL-9) ¶ 489.

<sup>267</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 272-278; 285-302.

<sup>268</sup> Objeciones Preliminares ¶ 46.

<sup>269</sup> MEM, Resolución No. 921-2020 del 28 de julio de 2020 (notificada a TRECSA el 22 de junio de 2022) (C-176), pág. 6 (énfasis añadido); MEM, Resolución No. 925-2020 del 30 de julio de 2020 (notificada a TRECSA el 26 de junio de 2022) (C-177), pág. 6

136. Es decir, las medidas del MEM en este punto también se instrumentaron mediante actos administrativos propios del poder soberano estatal. Al igual que en el punto anterior, Guatemala omite mencionar que, similar a lo ocurrido en *Siemens*, el MEM rechazó toda compensación con base en argumentos completamente fuera del Contrato.<sup>270</sup> En particular, como se explicó en el Memorial de Demanda, el MEM rechazó los ajustes solicitados por TRECSA desconociendo por completo las reglas procesales pre-establecidas, desconociendo el derecho de TRECSA de solicitar los valores máximos autorizados en las Bases de Licitación para la constitución de servidumbres (facultad no prevista en el Contrato ni en las Bases), y alegando el supuesto incumplimiento de plazos (tampoco previsto en el Contrato ni en las Bases).

137. Además, como se aprecia en la nota técnica emitida por la CNEE en septiembre de 2017, el objetivo del Estado era acceder a prórrogas del Programa de Ejecución de Obras, “con la finalidad de que las obras... sean concluidas y cumplir así con los objetivos de la Política Energética”, pero “**sin considerar sobrecostos**”<sup>271</sup> que pudiesen reclamar las Demandantes en virtud del numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación (*i.e.*, aquellos generados por los mayores valores invertidos en la constitución de las servidumbres).<sup>272</sup> Así, como en *Teco c. Guatemala*,<sup>273</sup> el MEM abusó de su poder soberano para rechazar la compensación debida, mediante un procedimiento administrativo arbitrario, y siguiendo criterios políticos, no contractuales.<sup>274</sup> Además, cuando TRECSA intentó combatir dichas resoluciones mediante los recursos administrativos previstos en la ley guatemalteca, el MEM ha demorado en resolver más de 11 meses, 7 meses y 32 meses, respectivamente.<sup>275</sup>

138. Por contraste, las Demandantes no habrían tenido la facultad de emitir resoluciones administrativas con relación al Contrato, aplicando criterios provenientes supuestamente de instrumentos legales extra-contractuales para decidir sobre los derechos de su contraparte contractual respecto de la compensación relativa a la obtención de servidumbres.

---

(énfasis añadido); MEM, Resolución No. 928-2020 del 3 de agosto de 2020 (notificada a TRECSA el 1 de septiembre de 2022) (C-178), pág. 6 (énfasis añadido). *Ver también* Memorial de Demanda ¶ 319-333.

<sup>270</sup> Memorial de Demanda ¶ 319-333.

<sup>271</sup> CNEE, Nota Técnica GTTA-NotaS2017-154 del 6 de septiembre de 2017 (C-744), pág. 3.

<sup>272</sup> *Ídem*.

<sup>273</sup> *TECO c. Guatemala* (Fondo) (CL-9) ¶ 489.

<sup>274</sup> Memorial de Demanda ¶ 319-333.

<sup>275</sup> TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 921-2020 del 22 de junio de 2022 (C-745); TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 925-2020 del 28 de octubre de 2022 (C-746); TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 928-2020 del 8 de septiembre de 2020 (C-747).

139. En cuanto a la solicitud de aplicación de la tasa de actualización, contrario a lo que alega Guatemala, el derecho y el procedimiento para la aplicación de la tasa de actualización del 7% real anual a los ajustes del Canon 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.<sup>276</sup> Además, Guatemala omite mencionar que, como se desprende de la Resolución No. 992-2022, ésta fue emitida por el MEM en ejercicio de las funciones que le confiere las leyes guatemaltecas, en los siguientes términos:

POR TANTO. Este Ministerio, con base en lo considerado, opiniones emitidas y con fundamento en... los artículos 4, 20, 22 y 27 literal m) de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República; 4 literal h) y 6 literal b) del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas, Acuerdo Gubernativo número 386-2006; RESUELVE: I) NO SE PUEDE ACCEDER A LO SOLICITADO por la entidad [TRECESA]... en virtud del Acuerdo Ministerial número 348-2013 de fecha 10 de octubre de 2013....<sup>277</sup>

140. Es decir, la actuación del MEM en este punto también se instrumentó en un acto administrativo propio del poder soberano estatal.<sup>278</sup> Como en *Teco c. Guatemala*,<sup>279</sup> el MEM abusó de su poder soberano para rechazar la aplicación de la tasa correspondiente, mediante un procedimiento administrativo en desacato del marco regulatorio.<sup>280</sup>

141. Por contraste, las Demandantes no habrían tenido la facultad de emitir una resolución administrativa, aplicando un Acuerdo Ministerial (no el Contrato), resolviendo sobre los derechos y obligaciones de su contraparte contractual respecto de la aplicación de una tasa de actualización aplicable a los ajustes del Canon Anual por eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

142. En definitiva, los hechos del caso demuestran que, en cada uno de los procesos administrativos detallados anteriormente, 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. En particular, el MEM tramitó y resolvió los procesos administrativos “con fundamento” en las facultades otorgadas por la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Ejecutivo, la Ley General de Electricidad, el Reglamento de la Ley General de Electricidad, el Reglamento Orgánico

---

<sup>276</sup> Memorial de Demanda ¶ 337. Ver Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013 (C-96), pág. 1.

<sup>277</sup> Memorial de Demanda ¶ 341-347. Ver MEM, Resolución No. 992-2022 del 2 de junio de 2022 (C-481), pág. 4 (énfasis añadido).

<sup>278</sup> José Canasi, Derecho Administrativo (1974) (C-750), pág. 2; Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo (C-751), pág. 192.

<sup>279</sup> *TECO c. Guatemala* (Fondo) (CL-9) ¶ 489.

<sup>280</sup> Memorial de Demanda ¶ 341-347.

Interno del Ministerio de Energía y Minas, y el Acuerdo Ministerial 348-2013. Además, el MEM instrumentó sus decisiones (arbitrarias) en actos propios de la soberanía estatal guatemalteca, a saber: resoluciones administrativas susceptibles de ser impugnadas mediante recursos administrativos, procesos contenciosos administrativos, e incluso procesos de amparo.<sup>281</sup> Como corolario de lo anterior, 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.

143. Respecto de la **Resolución No. 214-2021**, Guatemala afirma que el MEM la emitió en el “ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera”<sup>282</sup> del Contrato, aunque también acepta líneas más abajo en su escrito,<sup>283</sup> que dicha disposición únicamente le otorga a TRECSA el derecho de solicitar la modificación del Programa de Ejecución de Obas como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.<sup>284</sup> Guatemala no cita (porque no existe) disposición contractual alguna que le permita 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.<sup>285</sup> En este sentido, como se explicó respecto de la Resolución 2017-1515, la medida del MEM en este caso no se fundó en derechos o prerrogativas establecidas en el Contrato, sino que fue emitida en una resolución ministerial, y en ejercicio de facultades soberanas. El MEM sobrepasó su rol como mera parte contractual al exigir a las Demandantes la aceptación de nuevos términos que cambiaron la ecuación económica del Proyecto, sin fundamento en disposición contractual alguna.

144. A la inversa, en su carácter de administrado y contraparte contractual, TRECSA no hubiese podido actuar como lo hizo el MEM en este caso. En efecto, TRECSA no hubiese podido (i) emitir una resolución administrativa para alterar unilateralmente las disposiciones del Contrato, imponer nuevas obligaciones al MEM, y forzarle a aceptarlas mediante un apercibimiento; (ii) emitir una resolución administrativa para amenazar y presionar al MEM con la imposición de sanciones previstas en la ley guatemalteca; (iii) emitir resoluciones administrativas para ajustar unilateralmente el Canon Anual a su conveniencia, con base en razonamientos y procedimientos no previstos en el Contrato; o (iv) exigir al

---

<sup>281</sup> Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo (C-751), págs. 186-187.

<sup>282</sup> Objeciones Preliminares ¶ 50.

<sup>283</sup> *Ídem* ¶ 50.

<sup>284</sup> Memorial de Demanda ¶ 80.

<sup>285</sup> *Ídem* § II.C.3.f (“La cancelación arbitraria de compensación respecto de Obras excluidas”), págs. 154-159.

MEM la exclusión de Obras del alcance del Proyecto, para luego emitir una resolución administrativa cancelando cualquier responsabilidad económica asociada a dicha exclusión.

145. Aunado a todo lo anterior, salvo por la Resolución No. 770-2018, Guatemala plantea con respecto a cada uno de los actos que son objeto de la presente objeción, una objeción de agotamiento de recursos administrativos, donde sostiene expresamente que todos los actos del MEM detallados en los párrafos anteriores son “actos administrativos”,<sup>286</sup> susceptibles de ser impugnados mediante procesos administrativos y contencioso-administrativos en el foro local.<sup>287</sup> Y sin embargo, al mismo tiempo, Guatemala afirma que esos actos administrativos son en realidad conductas “puramente contractuales” que deben ser analizadas “por el juez del Contrato”.<sup>288</sup> La posición inconsistente y contradictoria de Guatemala en este punto no hace más que revelar su disposición a invocar cualquier argumento, por más débil que sea, para intentar obstaculizar la jurisdicción de este Tribunal.

146. Por tanto, la objeción de Guatemala debe ser rechazada, pues ha quedado demostrado que, de conformidad con el Tratado, así como la doctrina y jurisprudencia internacionales, los reclamos de las Demandantes contra la conducta administrativa del Estado tienen su origen en el Tratado, por lo que el Tribunal tiene jurisdicción para conocerlos. En cualquier caso, como ha podido verse a lo largo de esta Sección, existe un enorme cúmulo de evidencia que demuestra la calidad de actos soberanos de las medidas que son objeto de esta Objeción Preliminar. Si el Tribunal decidiese internarse en esta evidencia en esta fase – lo cual no corresponde, como se ha visto – el único resultado es un hallazgo de que las Demandantes han planteado un caso bajo el Tratado. La tesis simplista de la Demandada descuenta por completo toda esta evidencia, planteamiento que no puede prosperar.

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

147. En su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala intenta eludir su responsabilidad internacional en relación con el Artículo 12.6 del Tratado (“Trato de Nación Más Favorecida” o “NMF”)

---

<sup>286</sup> Anexo B de las Objeciones Preliminares; Objeciones Preliminares § 5, pág. 37.

<sup>287</sup> En específico: (i) la Resolución No. 2017-1515, mediante la cual el MEM impuso nuevos términos arbitrariamente (*ver* Anexo B de las Objeciones Preliminares, pág. 1); (ii) las Resoluciones No. 1198 y 1258, mediante las cuales el MEM rechazó arbitrariamente el ajuste del Canon Anual por Fuerza Mayor o Caso Fortuito (*ver* Anexo B de las Objeciones Preliminares, págs. 3-4); (iii) las Resoluciones No. 921-2020, 925-2020, y 928-2020, mediante las cuales el MEM rechazó arbitrariamente el ajuste del Canon Anual por mayores indemnizaciones en la constitución de servidumbres (*ver* Anexo B de las Objeciones Preliminares, pág. 5); y (iv) la Resolución No. 214-2021, mediante la cual el MEM canceló arbitrariamente la compensación respecto de las Obras Excluidas (*ver* Anexo B de las Objeciones Preliminares, pág. 6).

<sup>288</sup> Objeciones Preliminares ¶ 41, 48, 51.

mediante una lectura torcida de sus disposiciones. En específico, para fundamentar su supuesta excepción “de jurisdicción” en relación con las “violaciones de la cláusula paraguas” Guatemala alega, de manera incorrecta y sin sustento que: (i) “las Demandantes no pueden incorporar al Tratado... ninguna de las 10 cláusulas paraguas que invocan” en virtud de una reserva de Guatemala al Tratado;<sup>289</sup> (ii) “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)”;<sup>290</sup> (iii) “las cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional”;<sup>291</sup> y (iv) “5 de los 10 reclamos de las Demandantes bajo la cláusula paraguas constituyen reclamos contractuales que... se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos”.<sup>292</sup> La Demandada se equivoca en cuanto a cada uno de estos puntos.

148. En el Memorial de Demanda, las Demandantes demostraron que: (i) el Artículo 12.6 del Tratado prevé que los Estados Contratantes se obligan a conceder a los inversionistas de 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” teniendo como única limitante la aplicación a “mecanismos de solución de controversias”;<sup>293</sup> (ii) uno de los propósitos de las cláusulas de trato de NMF es otorgar a los inversionistas las protecciones sustantivas previstas en otros tratados y “que la incorporación de obligaciones sustantivas contraídas mediante un tratado es una cuestión no controvertida”;<sup>294</sup> y (iii) un ejemplo claro de protecciones sustantivas previstas en otros tratados que pueden ser incorporadas mediante una cláusula NMF es el trato concedido mediante las así llamadas “cláusulas paraguas”.<sup>295</sup>

149. De este modo, más allá del carácter soberano de las Medidas del Estado que son objeto de este arbitraje – el cual ya fue abordado más arriba – y aun cuando se considerase que las mismas revisten una naturaleza meramente comercial o contractual (que no es el caso), el Tribunal de todas maneras tendría jurisdicción para hallar violaciones del Tratado en virtud de cláusulas paraguas aplicadas al presente caso

---

<sup>289</sup> *Ídem* ¶ 55.

<sup>290</sup> *Ídem* ¶ 58.

<sup>291</sup> *Ídem* ¶ 64.

<sup>292</sup> *Ídem* ¶¶ 66-67.

<sup>293</sup> *Ver* Tratado (C-1), Artículo 12.6.1.

<sup>294</sup> Memorial de Demanda ¶ 507-510; *Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo, 21 de abril de 2006 (“*Berschader c. Rusia* (Fondo)”) (CL-128) ¶ 179 (traducción no oficial).

<sup>295</sup> Memorial de Demanda ¶ 507-510.

conforme a la cláusula de NMF del Tratado. Estos principios se ven apoyados por el peso mayoritario de la jurisprudencia en el tema.<sup>296</sup> Sin perjuicio de lo anterior, las Demandantes demuestran a continuación las razones por las cuales la posición de Guatemala debe rechazarse.

150. Primero, con respecto a la reserva de Guatemala, ésta hace referencia al 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”.<sup>297</sup> A su vez, el Anexo III contiene las excepciones de los Estados Contratantes respecto del trato de NMF. Específicamente, la lista de Guatemala contiene una reserva relativa a “[t]odos los sectores”, que establece cuanto sigue:

#### Inversión y Comercio transfronterizo de servicios

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.

Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que acuerde un tratamiento diferente entre países, bajo cualquier acuerdo internacional en vigor o suscrito después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado en materia de:

- (a) aviación;
- (b) pesca; y
- (c) asuntos marítimos, incluyendo salvamento.<sup>298</sup>

151. En otras palabras, la reserva establecida en el Artículo 12.12.2 remite expresamente al Anexo III del Tratado para dotar de contenido a esa reserva. Dicho de otra manera, el Artículo 12.12.2 no establece una reserva por sí mismo, sino que hace referencia a las reservas que cada Estado Contratante estableciese en el Anexo III. Esto tiene tres implicancias claves, que restan todo fundamento al argumento de Guatemala:

---

<sup>296</sup> Ver Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008) (CL-75), págs. 190-191 (“The weight of authority clearly supports the view that an MFN rule grants a claimant the right to benefit from substantive guarantees contained in third treaties”). Asimismo, diversos tribunales han concluido que las cláusulas paraguas pueden ser incorporadas a un tratado mediante la cláusula de trato de nación más favorecida. Ver *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (“*EDF c. Argentina* (Fondo)”) (CL-77) ¶¶ 929-934; *Mr. Franck Charles Arif c. República of Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013 (“*Arif c. Moldavia* (Fondo)”) (CL-59) ¶¶ 395-396; *Consutel c. Argelia* (Fondo) (CL-78) ¶¶ 395-396.

<sup>297</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.12.2. Ver también Objeciones Preliminares ¶ 56.

<sup>298</sup> Tratado (C-1), Anexo III. Ver también Objeciones Preliminares ¶ 56.

- *En primer lugar*, la reserva de Guatemala en el Anexo III se refiere al “derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país...”.<sup>299</sup> Las Demandantes no están planteando un reclamo de discriminación inversa, *i.e.*, no piden que Guatemala cese de adoptar u otorgar un trato diferenciado a terceros, a fin de igualarlos en cuanto al trato otorgado a las Demandantes. En otras palabras, las Demandantes no piden que Guatemala deje de “adoptar o mantener” cláusulas paraguas en tratados con otros países. En cambio, lo que las Demandantes reclaman es que se les apliquen *a ellas* dichas cláusulas paraguas, conforme al estándar de NMF. Por su parte, Guatemala parecería interpretar la reserva de Guatemala en el sentido de que los inversionistas cubiertos por el Tratado *no pueden invocar* el trato otorgado por Guatemala en otros tratados. El argumento de Guatemala agregaría el siguiente texto resaltado a la reserva: “Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país **y de negarla respecto de cualquier inversionista cubierto por el presente Tratado...**”. Pero esto no es lo que establece la reserva, y Guatemala no proporciona base alguna para que el Tribunal se aparte del sentido corriente de los términos del Anexo III del Tratado.
- *En segundo lugar*, la reserva de Guatemala se refiere a la adopción o mantenimiento de “cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país”.<sup>300</sup> Pues bien, las Demandantes en su invocación de la cláusula NMF del Tratado no están cuestionando una “medida” de Guatemala que otorgue un trato diferenciado, sino que están solicitando la aplicación de un estándar (cláusula paraguas) otorgado por Guatemala en otros tratados, pero no en el Tratado que es objeto del presente arbitraje. Esta distinción se ve apoyada por el pie de página al final del primer párrafo de la reserva de Guatemala, el cual reza: “Para mayor certeza, Guatemala podrá adoptar o mantener cualquier medida derivada de una norma de derecho comunitario proveniente de un instrumento de derecho comunitario o adoptado por un órgano del Sistema de Integración Económica Centroamericana o su sucesor”.<sup>301</sup> El texto subrayado da cuenta que la reserva del Estado se refiere a “medida[s] derivada[s] de una norma”, y no a la diferencia entre distintas normas, o a la existencia de normas más beneficiosas en favor de ciertas categorías de inversionistas, que es lo que corresponde al presente caso.
- *En tercer lugar*, la reserva de Guatemala se refiere a la adopción o mantenimiento de “cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país”,<sup>302</sup> por oposición a un trato otorgado a otros “inversionistas” o “inversionistas de otro país”. Nuevamente, el pie de página aclaratorio de la reserva explica la *raison d’être* del texto subrayado, al indicar que la reserva cubriría medidas adoptadas conforme al derecho comunitario o por un órgano del Sistema de Integración Económica Centroamericana, es decir, medidas que, por definición, otorgan un trato diferenciado a los países integrantes de dicho sistema comunitario. Guatemala no extendió su reserva al trato otorgado a inversionistas de terceros países, y la Demandada no proporcionó base alguna para que el Tribunal extienda los términos simples de la reserva e impida la aplicación de protecciones sustantivas otorgadas a inversionistas en otros tratados. En simples términos, las Demandantes no están invocando una medida otorgada a “otro país”, sino un estándar jurídico otorgado a *inversionistas* de terceros Estados, en la forma de cláusulas paraguas.

<sup>299</sup> Tratado (C-1), Anexo III (énfasis añadido).

<sup>300</sup> *Ídem.*

<sup>301</sup> *Ídem.*

<sup>302</sup> *Ídem.*

152. Por tanto, la reserva de Guatemala no es aplicable a la presente disputa, ni impide la aplicación de cláusulas paraguas provenientes de otros tratados de los que Guatemala es parte.

153. Segundo, y como se indicó, Guatemala sostiene 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)”,<sup>303</sup> y plantea tres argumentos en soporte de esta conclusión: (i) “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”;<sup>304</sup> (ii) el Tratado “restringe la aplicación de la Cláusula NMF a instancias específicas de trato otorgado a inversionistas extranjeros y... [n]o se extiende al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas”;<sup>305</sup> y (iii) la cláusula MFN solo permitiría la incorporación de “formulaciones más favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado”.<sup>306</sup> Cada uno de estos puntos es erróneo.

154. *En primer lugar*, Guatemala distorsiona el reclamo de las Demandantes al sugerir que éstas pretenden “extender la jurisdicción del Tribunal a violaciones de estándares incluidos en otros tratados”. Esto no es lo que plantean las Demandantes; 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. Ese trato diferenciado puede tomar – y toma en este caso – la forma de una protección otorgada a otros inversionistas que no está siendo otorgada a las Demandantes, *i.e.*, las cláusulas paraguas. Pero, al final del análisis, la violación no es de “otros tratados”, sino del presente Tratado.

155. Ahora bien, si lo que quiso decir Guatemala es que el texto de la cláusula de NMF del Tratado no señala inequívocamente que se puedan aplicar a las Demandantes las protecciones otorgadas en otros tratados de inversión que no estén otorgadas en el presente Tratado, ello también sería incorrecto. Para comenzar, Guatemala invierte la regla de interpretación del *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. El Artículo 12.6.1 no distingue en cuanto al tipo de “trato no menos favorable” al que hace referencia, y ciertamente no contiene una prohibición expresa respecto de la aplicación de protecciones adicionales provenientes de otros tratados. Es Guatemala la que pretende imponer esta restricción al artículo, y sería Guatemala la que, en todo caso, tendría que demostrar una intención inequívoca de los Estados Contratantes de efectuar esta importante exclusión.

---

<sup>303</sup> Objeciones Preliminares ¶ 58.

<sup>304</sup> *Ídem* ¶ 61.

<sup>305</sup> *Ídem* ¶ 62.

<sup>306</sup> *Ídem* ¶ 63.

156. De hecho, el Tribunal no necesita ver más allá de la propia cláusula de NMF del Tratado para encontrar un ejemplo claro de lo que sería una exclusión del alcance de dicha cláusula. Específicamente, el Artículo 12.6.3 establece:

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.<sup>307</sup>

157. 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. Lo que no hace el Artículo 12.6.3 es extenderse *más allá* de los mecanismos de solución de controversias, dejando a salvo la posibilidad de invocar protecciones contenidas en otros tratados pero que no se encuentran en el presente Tratado.

158. En efecto, como reconoce Guatemala, 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”.<sup>308</sup> De haber querido establecer una prohibición expresa o una limitante adicional al consentimiento, referida al trato diferenciado en cuanto a estándares disponibles de protección de inversiones, los Estados Contratantes podían haberla redactado y aprobado, pero no lo hicieron. Es Guatemala la que ahora pretende reescribir cláusulas del Tratado para cancelar artificialmente el reclamo de las Demandantes.

159. *En segundo lugar*, 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”.<sup>309</sup> Guatemala se refiere en particular al fragmento del Artículo 12.6.1 que requiere el otorgamiento de un trato no menos favorable “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”.<sup>310</sup>

---

<sup>307</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.6.1. El pie de página no. 2, al final de esa disposición, establece: “El presente Artículo se refiere a mecanismos de solución de controversias tales como los contenidos en la Sección B del presente Capítulo”. *Ídem*, nota 2.

<sup>308</sup> Objeciones Preliminares ¶ 5.

<sup>309</sup> *Ídem* ¶ 62.

<sup>310</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.6.1. *Ver también* Objeciones Preliminares ¶ 62.

160. Para empezar, 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. En particular, una diferencia de trato bien puede darse, y se da, por medio de protecciones o derechos adicionales otorgados a ciertos inversionistas (pero no a otros), en tratados, contratos u otros instrumentos. Estas diferenciaciones no son menos merecedoras de la protección de una cláusula de NMF, ya que pueden referirse, como en el presente caso, al “establecimiento”, “expansión”, “administración”, “conducción” y “operación” de la inversión de las Demandantes. En este caso, y 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.

161. De hecho, la jurisprudencia mayoritaria de inversiones ha confirmado que las cláusulas de NMF pueden ser utilizadas para aplicar protecciones sustantivas de otros tratados.<sup>311</sup> Así, el tribunal de *Bershchader c. Rusia* explicó que “la incorporación de obligaciones sustantivas contraídas mediante un tratado es una cuestión no controvertida”.<sup>312</sup> Asimismo, el tribunal en *EDF c. Argentina* rechazó de manera tajante una excepción similar a la planteada por Guatemala, explicando que:

The Tribunal finds unconvincing a narrow interpretation of Article 8(1) of the Argentina-France BIT which seeks to restrict the application of the MFN clause. The dispute in question clearly arises under the Argentine-France BIT even though that treaty, by its

---

<sup>311</sup> Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008) (CL-75), págs. 190-191 (“The weight of authority clearly supports the view that an MFN rule grants a claimant the right to benefit from substantive guarantees contained in third treaties”). Ver *Arif c. Moldavia* (Fondo) (CL-59) ¶ 396 (“[T]he MFN clause of the BIT can import an ‘umbrella’ clause (which is substantive in nature), from [other treaties]”); *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶ 929 (“[T]he MFN clause does in fact permit recourse to the ‘umbrella clauses’ of third-country treaties”); *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited y Telecom Devas Mauritius Limited c. India*, Caso CPA No. 2013-09, Laudo de Jurisdicción y Fondo, 25 de julio de 2016 (“*Devas c. India* (Jurisdicción y Fondo)”) (CL-172) ¶¶ 488, 496 (indicando que “the Tribunal shares the views expressed by the Claimants concerning the possibility of importing the ‘full protection and security’ clause of the Serbia-India BIT” a través de la cláusula de NMF); *Berschader c. Rusia* (Fondo) (CL-129) ¶ 179; *OAQ Tatneft c. Ucrania*, Caso CPA No. 2008-9, Laudo sobre el Fondo, 29 de julio de 2014 (“*Tatneft c. Ucrania* (Fondo)”) (CL-73) ¶¶ 358-365 (importando estándares sustantivos de otros tratados mediante la cláusula de NMF); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 (“*MTD c. Chile* (Fondo)”) (CL-1) ¶ 104 (aceptando la aplicación de un estándar de TJE más favorable); *Bayindir c. Pakistán* (Fondo) (CL-112) ¶ 158, 164 (explicando que “the basis for importing an FET obligation into the Treaty is provided by its MFN clause”); *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (“*ATA c. Jordania* (Fondo)”) (CL-165) ¶ 125, nota 16 (donde el tribunal indicó que la demandada había asumido obligaciones sustantivas adicionales en virtud de la cláusula de NMF); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (“*Rumeli c. Kazajistán* (Fondo)”) (CL-3) ¶ 575 (explicando que “in view of the MFN clause contained in the BIT, Respondent’s international obligations assumed in other bilateral treaties, and in particular the United Kingdom-Kazakhstan BIT, are applicable to this case”); *Hesham T. M. Al Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 2014 (“*Al Warraq c. Indonesia* (Fondo)”) (CL-166) ¶ 551 (permitiendo la importación de una cláusula de TJE a través de la cláusula de NMF).

<sup>312</sup> *Berschader c. Rusia* (Fondo) (CL-128) ¶ 179 (traducción no oficial).

terms, incorporates some provisions from other conventions. To interpret the BIT otherwise would effectively read the MFN language out of the treaty. Such a result cannot be what the two countries intended by the treaty language.<sup>313</sup>

162. Por lo anterior, el tribunal concluyó que “the MFN clause does in fact permit recourse to the ‘umbrella clauses’ of third-country treaties”.<sup>314</sup> Igualmente, el tribunal en *Arif. c. Moldavia* concluyó “that the MFN clause of the BIT can import an ‘umbrella’ clause (which is substantive in nature), from [otros tratados]”.<sup>315</sup> Similarmente, los tribunales en *Tatneft c. Ucrania*, *MTD c. Chile*, *Bayindir c. Pakistán*, *ATA Construction c. Jordania* y otros aceptaron la importación de protecciones sustantivas más favorables mediante la cláusula de NMF.<sup>316</sup>

163. Para intentar sustentar su posición, Guatemala cita opiniones de ciertos Estados en el contexto de otros arbitrajes, y los casos de *Hochtief c. Argentina*, *İçkale c. Turkmenistán* y *Muhammet c. Turkmenistán*.<sup>317</sup> Estas fuentes no debilitan la posición de las Demandantes en forma alguna. Con respecto a las opiniones de Estados, las mismas son meras opiniones relativas a otro tratado – el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, o TLCAN – en el contexto de hechos distintos. Específicamente, Guatemala cita los siguientes tres casos, que no informan la decisión del Tribunal:

- En *Chemtura c. Canadá*, el tribunal no se pronunció sobre la incorporación de una cláusula de TJE proveniente de un tratado distinto al TLCAN, por operación de una cláusula de NMF, ya que “the Claimant has not established that the FET clause of any of the treaties to which it indistinctly refers grants any additional measure of protection not afforded by Article 1105 of NAFTA”.<sup>318</sup> Desde luego, este no es el caso con respecto a las cláusulas paraguas que invocan las Demandantes en el presente caso.
- En *Apotex c. EE.UU.*, el tribunal tampoco se pronunció sobre la incorporación de una cláusula de TJE proveniente de un tratado distinto al TLCAN, expresando que “the Tribunal does not decide whether or not the MFN provision in NAFTA Article 1103 can modify the content of NAFTA Article 1105(1). The Respondent submitted that all three

---

<sup>313</sup> *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶ 933.

<sup>314</sup> *Ídem* ¶ 929.

<sup>315</sup> *Arif c. Moldavia* (Fondo) (CL-59) ¶ 396.

<sup>316</sup> Ver *Tatneft c. Ucrania* (Fondo) (CL-73) ¶¶ 358-365 (importando estándares sustantivos de otros tratados mediante la cláusula de NMF; *MTD c. Chile* (Fondo) (CL-1) ¶ 104 (aceptando la aplicación de un estándar de TJE más favorable); *Bayindir c. Pakistán* (Fondo) (CL-112) ¶¶ 158, 164 (explicando que “the basis for importing an FET obligation into the Treaty is provided by its MFN clause”). Ver también *ATA c. Jordania* (Fondo) (CL-165) ¶ 125, nota 16 (donde el tribunal indicó que la demandada había asumido obligaciones sustantivas adicionales en virtud de la cláusula de NMF); *Arif c. Moldavia* (Fondo) (CL-59) ¶ 396 (“[T]he MFN clause of the BIT can import an ‘umbrella’ clause (which is substantive in nature), from [other treaties]”); *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶ 929 (“[T]he MFN clause does in fact permit recourse to the ‘umbrella clauses’ of third-country treaties”); *Devas c. India* (Jurisdicción y Fondo) (CL-172) ¶¶ 488, 496 (indicando que “the Tribunal shares the views expressed by the Claimants concerning the possibility of importing the “full protection and security” clause of the Serbia-India BIT” a través de la cláusula de NMF); *Berschader c. Rusia* (Fondo) (CL-129) ¶ 179.

<sup>317</sup> Ver Objeciones Preliminares ¶¶ 62, 63.

<sup>318</sup> *Chemtura Corporation c. Canadá*, Arbitraje NAFTA/CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 (RL-21) ¶ 236.

NAFTA Parties are unanimously agreed that it cannot; but whether the NAFTA Parties are correct will have to await the decision of another NAFTA tribunal”.<sup>319</sup> Notablemente, Guatemala solo cita un escrito de México respecto de este caso.<sup>320</sup>

- En *Mesa Power c. Canadá*, el tribunal tampoco se pronunció sobre la incorporación de una cláusula de TJE proveniente de un tratado distinto al TLCAN. En cambio, el tribunal declinó dicha incorporación por la exclusión expresa de la aplicación de la cláusula de NMF del TLCAN a casos de “*procurement*”. En palabras del tribunal: “the Claimant bases its [MFN] argument on Article 1103 of the NAFTA. As mentioned above, Article 1108(7)(a) excludes the application of Article 1103 in cases of procurement. As the FIT Program constitutes procurement, the Claimant cannot rely on Article 1103 to introduce allegedly more favorable standards of treatment from other treaties”.<sup>321</sup> De nuevo, Guatemala solo cita un escrito del Estado mexicano respecto de este caso.<sup>322</sup>

164. De hecho, las opiniones de los estados en el contexto del TLCAN han llegado a ser consideradas como “irrelevantes”.<sup>323</sup> Es más, diversos tribunales en casos bajo el TLCAN han rechazado las opiniones de estados parte del mismo.<sup>324</sup> Asimismo, en la reciente decisión de *Eco Oro c. Colombia*, el tribunal rechazó la opinión de Canadá en el contexto del TLC entre Colombia y Canadá.<sup>325</sup> Guatemala no proporciona elemento alguno para acreditar la relevancia dispositiva de opiniones de estados que no son parte del Tratado, que hablan sobre interpretaciones de otro tratado y con respecto a hechos que no conciernen a este arbitraje.

165. Por otro lado, el caso de *Hochtief c. Argentina* tampoco apoya la postura de la Demandada. En ese caso, se estaba debatiendo específicamente la posibilidad de incorporar *mecanismos procesales* vía

---

<sup>319</sup> *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) ¶ 9.71.

<sup>320</sup> Objeciones Preliminares, nota 83.

<sup>321</sup> *Mesa Power LLC c. Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016 (CL-153) ¶ 507.

<sup>322</sup> Objeciones Preliminares, nota 83.

<sup>323</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Decisión sobre la Moción relativa a la Superfee, 7 de agosto de 2000 (“*Pope Talbot c. Canadá* (Superfee)”) (CL-156) ¶ 26 (indicando que “the Tribunal’s conclusion makes issues raised by the United States and Mexico irrelevant to this case.”)

<sup>324</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de diciembre de 2000 (CL-197) ¶ 44 (rechazando la propuesta de Estados Unidos); *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de enero de 2001 (CL-159) ¶ 52 (rechazando la propuesta de interpretación de México sobre medidas judiciales); *Pope Talbot c. Canadá* (Superfee) (CL-156) ¶ 26 (indicando que “the Tribunal’s conclusion makes issues raised by the United States and Mexico irrelevant to this case”); *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo Fase 2, 10 de abril de 2001 (CL-160) ¶ 79 (rechazando la interpretación del término nacionalidad de las tres partes del TLCAN); *Mondev c. Estados Unidos* (Fondo) ¶¶ 114-116 (rechazando la opinión de Canadá sobre el estándar mínimo de trato).

<sup>325</sup> *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión de Jurisdicción, Responsabilidad y direcciones en Quantum, 9 de septiembre de 2021 (CL-51) ¶ 836 (donde el tribunal expresamente rechazó la opinión de Canadá como parte no contendiente “it cannot accept Canada’s statement that in such circumstances payment of compensation is not required”).

la cláusula de NMF.<sup>326</sup> Aquí, como se ha visto, ese debate es innecesario, porque el Tratado expresamente excluye la incorporación de mecanismos procesales mediante la cláusula de NMF. Justamente esa exclusión deja intacta (y hasta válida) la posibilidad de incorporar protecciones sustantivas provenientes de otros tratados mediante la operación de la cláusula de NMF.

166. Por su parte, los casos de *İçkale c. Turkmenistán* y *Muhammet c. Turkmenistán* son casos aislados, que deben considerarse como yendo contra la corriente jurisprudencial. De hecho, se ha escrito recientemente de estos casos específicos que los mismos “appear to swim against th[e] jurisprudential tide”, la cual permite la importación de protecciones sustantivas.<sup>327</sup> Como ha escrito el Profesor Schill respecto del laudo de *İçkale*:

[T]he Award in *İçkale*, and its interpretation of the MFN clause in the Turkey-Turkmenistan BIT, is highly problematic and should not be used to query the effect of MFN clauses in IIAs as commitments to multilateralize benefits granted under IIAs to third-countries and to harmonize investment protection in a given host state.<sup>328</sup>

167. En línea con lo anterior, las Demandantes ya demostraron que la jurisprudencia mayoritaria permite la importación de protecciones sustantivas vía una cláusula de NMF.<sup>329</sup> Lo anterior es también

---

<sup>326</sup> *Hochtief Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011 (RL-24) ¶ 82 (explicando que el debate consiste en la “inclusión del requisito de un litigio durante 18 meses”).

<sup>327</sup> Mark Mangan y Ananya Mitra, *Substantive Protections: MFN en The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement*, 14 de enero de 2022 (CL-179), pág. 2 (refiriéndose en específico a los casos de *İçkale c. Turkmenistán* y *Muhammet c. Turkmenistán*).

<sup>328</sup> Stephan W. Schill, *MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifor and J. Benton Heath*, AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW, (2018) (CL-183), pág. 21.

<sup>329</sup> *Ver Arif c. Moldavia* (Fondo) (CL-59) ¶ 396 (“[T]he MFN clause of the BIT can import an ‘umbrella’ clause (which is substantive in nature), from [other treaties]”); *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶ 929 (“[T]he MFN clause does in fact permit recourse to the ‘umbrella clauses’ of third-country treaties”); *Devas c. India* (Jurisdicción y Fondo) (CL-172) ¶¶ 488, 496 (indicando que “the Tribunal shares the views expressed by the Claimants concerning the possibility of importing the “full protection and security” clause of the Serbia-India BIT” a través de la cláusula de NMF); *Berschader c. Rusia* (Fondo) (CL-129) ¶ 179; *Tatneft c. Ucrania* (Fondo) (CL-73) ¶¶ 358-365 (importando estándares sustantivos de otros tratados mediante la cláusula de NMF); *MTD c. Chile* (Fondo) (CL-1) ¶ 104 (aceptando la aplicación de un estándar de TJE más favorable); *Bayindir c. Pakistán* (Fondo) (CL-112) ¶ 158, 164 (explicando que “the basis for importing an FET obligation into the Treaty is provided by its MFN clause”); *ATA c. Jordania* (Fondo) (CL-165) ¶ 125, nota 16 (en donde el tribunal indicó que la demandada había asumido obligaciones sustantivas adicionales en virtud de la cláusula de NMF); *Rumeli c. Kazajistán* (Fondo) (CL-3) ¶ 575 (explicando que “in view of the MFN clause contained in the BIT, Respondent’s international obligations assumed in other bilateral treaties, and in particular the United Kingdom-Kazakhstan BIT, are applicable to this case”); *Al Warraq c. Indonesia* (Fondo) (CL-166) ¶ 551 (permitiendo la importación de una cláusula de TJE a través de la cláusula de NMF).

confirmado por la doctrina.<sup>330</sup> Adicionalmente, ambos casos se basan en una cláusula de NMF distinta a la del Tratado.<sup>331</sup>

168. *En tercer lugar*, no es cierto que la aplicación de la cláusula de NMF esté limitada a los estándares ya previstos en el Tratado. Nuevamente, Guatemala agrega términos, requisitos y formulaciones adicionales al Tratado, sin los cuales su objeción queda huérfana. Guatemala sostiene que “[c]ualquier otra interpretación” distinta a la suya “restaría todo efecto al requisito de que los inversionistas o sus inversiones se encuentren ‘en circunstancias similares’”.<sup>332</sup> Esto es confundir dos temas distintos. 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...”.<sup>333</sup> Sin embargo, y 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**”. 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 presente Tratado. Es la interpretación de Guatemala la que restaría casi todo efecto a la cláusula de NMF.

169. En cuanto al cumplimiento del requisito de “circunstancias similares”, el mismo está ampliamente justificado. Cualquier inversionista, de cualquier sector, de cualquier envergadura, cubierto por uno de los tratados ratificados por Guatemala que contienen cláusulas paraguas, estaría cubierto por dichas cláusulas, no solo un universo limitado de inversionistas de terceros países. No puede haber un

---

<sup>330</sup> Ver Mark Mangan y Ananya Mitra, *Substantive Protections: MFN in The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement*, 14 de enero de 2022 (CL-179), pág. 2 (señalando la vasta jurisprudencia de incorporación de protecciones sustantivas, incluyendo cláusulas paraguas, bajo cláusulas NMF); Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008) (CL-75), págs. 190-191 (“The weight of authority clearly supports the view that an MFN rule grants a claimant the right to benefit from substantive guarantees contained in third treaties”); Stephan W. Schill, *MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifor and J. Benton Heath*, AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW, (2018) (CL-183), pág. 9 (indicando que “investment jurisprudence has so consistently allowed investors to rely on better substantive standards of treatment on the host state’s third-country IIAs” y que este hecho es una “*jurisprudence constante*”).

<sup>331</sup> *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (RL-25) ¶ 326 (citando el texto del TBI Turquía-Turkmenistán que establece que “[e]ach Party shall accord to these investments... once established, treatment no less favorable than that accorded in similar situations to investments of investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable”. Ver también *Muhammet Cap y Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo, 4 de mayo de 2021 (“*Muhammet c. Turkmenistán* (Fondo)”) (RL-26) ¶ 779 (en el mismo sentido). La Cláusula de NMF del Tratado es muy distinta. Tratado (C-1), Artículo 12.6 (“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”).

<sup>332</sup> Objeciones Preliminares ¶ 63.

<sup>333</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.6.1 (énfasis añadido).

comparador más expansivo que éste. Por definición, las Demandantes deben también poder estar al amparo de dichas protecciones, por operación de la cláusula de NMF del Tratado.

170. Es así que numerosos precedentes han determinado la incorporación a los tratados respectivos de estándares substantivos contenidos en otros tratados, con lo cual, por definición, han aceptado que existían circunstancias similares. Por ejemplo, el tribunal en *Arif c. Moldavia*, después de concluir que el tratado aplicable no tenía una cláusula paraguas,<sup>334</sup> aceptó la importación de cláusulas paraguas de otros dos tratados.<sup>335</sup> En forma similar, el tribunal en *EDF c. Argentina* rechazó el argumento de Argentina de que la cláusula de NMF no permite incorporar protecciones sustantivas “of a kind not explicitly contained in the Treaty itself”,<sup>336</sup> permitiendo la incorporación de cláusulas paraguas.<sup>337</sup> De igual forma el caso *Consutel c. Argelia*, citado por la Demandada, aceptó la incorporación de la cláusula paraguas de un tercer tratado, indicando que la cláusula de NMF “implica necesariamente que la Demandante pueda invocar las cláusulas más favorables incluidas en los tratados bilaterales celebrados entre Argelia y terceros países”,<sup>338</sup> concluyendo que “la cláusula de NMF del artículo 3 del Tratado permite a la solicitante invocar la cláusula [paraguas] contenida en el apartado 2 del artículo 10 del Tratado celebrado entre Argelia y Suiza”.<sup>339</sup>

171. Tercero, Guatemala yerra al sostener que, en el caso de que se aplique una cláusula paraguas mediante la cláusula de NFM, “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”.<sup>340</sup>

172. *En primer lugar*, la Demandada tergiversa la posición de las Demandantes, las cuales invocan cláusulas paraguas con relación a obligaciones nacidas tanto de leyes o reglamentos, como de

---

<sup>334</sup> *Arif c. Moldavia* (Fondo) (CL-59) ¶ 392.

<sup>335</sup> *Ídem* ¶ 396.

<sup>336</sup> *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶ 925.

<sup>337</sup> *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶¶ 929, 937. El único caso propuesto por Guatemala para soportar su posición no es relevante, pues el tratado aplicable expresamente limita la aplicabilidad de la cláusula de NMF a inversiones ya establecidas. *Muhammet c. Turkmenistán* (Fondo) (RL-26) ¶ 779 (citando el texto del TBI Turquía-Turkmenistán que establece que “[e]ach Party shall accord to these investments... once established, treatment no less favorable than that accorded....” (énfasis añadido)).

<sup>338</sup> *Consutel c. Algeria* (Fondo) (CL-78) ¶ 356 (traducción no oficial).

<sup>339</sup> *Ídem* (CL-78) ¶ 359 (traducción no oficial).

<sup>340</sup> Objeciones Preliminares ¶ 64.

instrumentos específicos, incluyendo contratos con el Estado, como reconoce Guatemala.<sup>341</sup> Dicha aplicación de las cláusulas paraguas está sostenida por amplia jurisprudencia.<sup>342</sup>

173. *En segundo lugar*, 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.<sup>343</sup> La doctrina también sostiene esta postura.<sup>344</sup> Así, por ejemplo,

---

<sup>341</sup> *Ídem* ¶ 66. *Ver también* Memorial de Demanda ¶¶ 520, 521.

<sup>342</sup> Con respecto a leyes y reglamentos: *LG&E c. Argentina* (Fondo) (CL-17) ¶ 175; *Enron Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (CL-21) ¶¶ 274-275 (anulado por otros motivos); *Khan Resources, Inc. c. Gobierno de Mongolia*, Caso CPA N.º 2011-09, Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015 (“*Khan c. Mongolia* (Fondo)”) (CL-108) ¶ 366. Con respecto a otros instrumentos, incluyendo contratos: *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶¶ 939-941; *Eureko c. Polonia* (Laudo Parcial) (CL-94) ¶¶ 250, 260; *SGS c. Paraguay* (Jurisdicción) (CL-109) ¶ 167.

<sup>343</sup> *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005 (CL-173) ¶ 53-54 (“An umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law. The Tribunal recalls the well established rule of general international law that in normal circumstances *per se* a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the State.... That being said, none of the above mentioned general rules is peremptory in nature.... [T]wo States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that... the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, **the breach of contract being thus ‘internationalized’**, *i.e.* assimilated to a breach of the treaty. In such a case, an international tribunal will be bound to seek to give useful effect to the provision that the parties have adopted. Thus, an umbrella clause, when included in a bilateral investment treaty, introduces an exception to the general separation of States obligations under municipal and under international law”); *Khan c. Mongolia* (Fondo) (CL-108) ¶ 366 (“[T]he Respondents are liable toward [the claimant] under the ECT through operation of the umbrella clause”); *Eureko c. Polonia* (Laudo Parcial) (CL-94) ¶ 258 (“The Tribunal adds... its conclusion that to give effect to the plain meaning of an umbrella clause by no means renders the other substantive protections of a BIT superfluous. As Professor Schreuer points out in his cited article, ‘The BIT’s substantive provisions deal with non-discrimination, fair and equitable treatment, national treatment, MFN treatment, free transfer of payments and protection from expropriation. These issues are not normally covered in contracts’”); *Siemens c. Argentina* (Fondo) (CL-105) ¶ 204 (“The Tribunal considers that Article 7(2) [the umbrella clause] has the meaning that its terms express, namely, that failure to meet obligations undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty”); *Noble Energy, Inc. y Machalpower Cia. Ltda. c. República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008 (CL-177) ¶ 157 (“[E]l Tribunal observa que al parecer las obligaciones de Ecuador con respecto a las Demandantes emanan no sólo de los Contratos, sino también de leyes y reglamentos. También observa que el Contrato de Inversión parece contener una cláusula de estabilización que puede constituir una obligación de un Estado comprendida dentro de los límites de la cláusula paraguas”); *SGS c. Paraguay* (Jurisdicción) (CL-109) ¶ 168 (“Dad[a] la naturaleza incondicionada del tenor del Artículo 11 del Tratado [la cláusula paraguas], y su sentido ordinario, no percibimos base alguna para introducir en el Artículo 11 las limitaciones ajenas a su texto que la Demandada propuso en su Réplica. El Artículo 11 no excluye de su ámbito de aplicación los contratos comerciales del Estado. Tampoco establece que la permanente obligación de observancia de las obligaciones a las que se refiere sólo pueda infringirse a través de actos en los que no puede incurrir una contraparte comercial, consistentes en abuso del poder del Estado o ejercicio de una influencia gubernamental indebida”); *Abaclat c. Argentina* (Jurisdicción y Admisibilidad) (RL-14) ¶ 317 (“[Un] TBI a veces establecen una denominada —cláusula paraguas, por la cual el Estado debe cumplir toda obligación emanada de compromisos especiales que haya asumido en relación con inversiones. En el marco de una amplia... interpretación de esas cláusulas, como la adoptada por algunos tribunales arbitrales y jurisprudencia, el incumplimiento, por un Estado, de un contrato con un inversor extranjero... se convierte, en virtud de una cláusula paraguas contenida en el TBI pertinente, en un incumplimiento del TBI que puede dar lugar a una acción a través del mecanismo previsto en ese tratado, es decir, a través del arbitraje del CIADI”).

<sup>344</sup> F.A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 THE BRIT. Y.B. INT’L LAW 241 (1981) (CL-178), pág. 246 (“This is a provision of particular importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act....”); Rudolph Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995) (CL-180), págs. 81-82 (“The provision is of particular importance because it protects the investor’s contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts....”); Joachim Karl, *The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad*, 11 ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 1 (1996) (CL-181), pág. 23 (“Article 8(2) of the model agreement provides that the contracting parties shall observe any other obligation they have assumed with regard to the investment. This relates particularly to investment contracts between the investor and the host country which often contain very detailed rules. The

el tribunal en *SGS c. Paraguay* rechazó una objeción jurisdiccional en el sentido de que una cláusula paraguaya no podría utilizarse para determinar una violación del tratado respectivo frente a incumplimientos contractuales, expresando lo siguiente en su decisión sobre jurisdicción:

[E]l Artículo 11, que impone al Estado la obligación de respetar en todo momento las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte. El enunciado de esa obligación no contiene limitación alguna: evidentemente se aplica a todos los compromisos de ese género, establecidos por contrato o por ley; unilaterales o bilaterales, etc... en lo que respecta a las reclamaciones basadas en el Artículo 11 que se basan directamente en el supuesto incumplimiento del Contrato por parte del Paraguay, no nos plantea dudas el que debamos tratar las obligaciones del Contrato como “obligaciones” en la acepción dada a ese término por el Artículo 11.<sup>345</sup>

174. Posteriormente, en su laudo, el tribunal resolvió que el incumplimiento contractual del Estado paraguayo constituía una violación de la cláusula paraguaya.<sup>346</sup> El tribunal comenzó recordando que, en su decisión sobre jurisdicción, había “rechaz[ado] el argumento esgrimido por la Demandada de que un mero incumplimiento contractual no puede constituir una violación del Artículo 11 a menos que concurra con un acto ‘soberano’”,<sup>347</sup> y que “[l]a consecuencia de la decisión del Tribunal es que la Demandante puede justificar una reclamación al amparo del Artículo 11 si puede demostrar que el Paraguay no cumplió sus compromisos en virtud del Contrato”.<sup>348</sup> Con base en estas premisas, el tribunal llegó a la siguiente determinación:

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la Demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales y que dicho incumplimiento viola la obligación asumida por la

---

protection of such contracts is now a standard clause in bilateral investment agreements. Sometimes, countries are reluctant to accept this provision which transforms responsibility incurred towards a private investor under a contract into international responsibility”); Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE 231 (2004) (CL-182), págs. 250-251 (“Clauses of this kind have been added to some BITs to provide additional protection to investors beyond the traditional international standards. They are often referred to as umbrella clauses because they put contractual commitments under the BIT’s protective umbrella. They add the compliance with investment contracts, or other undertakings of the host State, to the BIT’s substantive standards. In this way, a violation of such a contract becomes a violation of the BIT.... Under the regime of such an umbrella clause, any violation of a contract thus covered becomes a violation of the BIT.”); Stanimir A. Alexandrov, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS c. Pakistan y SGS c. Philippines*, 5 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE 555 (2004) (CL-184), nota 8, págs. 565-566 (“States may wish to agree in an investment treaty to consider all contractual breaches, or breaches of other obligations undertaken by the State with respect to foreign investors, as treaty breaches. Typically, they do so in the form of an ‘umbrella clause’ or an ‘observance of undertakings clause’ providing that the host State must observe any commitments that it has undertaken with respect to the foreign investor.”); Vlad Zolia, *Effect and Purpose of ‘Umbrella Clauses’ in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*, 2 TDM (2005) (CL-185), nota 141, pág. 35.

<sup>345</sup> *SGS c. Paraguay* (Jurisdicción) (CL-109) ¶ 167 (énfasis añadido).

<sup>346</sup> *Ver, en general, SGS c. Paraguay* (Fondo) (CL-152).

<sup>347</sup> *SGS c. Paraguay* (Fondo) (CL-152) ¶ 72. *Ver también ídem* ¶ 95 (“En suma, si Paraguay no respetó sus obligaciones contractuales, entonces violó el Artículo 11. No resulta necesario realizar ningún otro análisis sobre si los actos del Paraguay deben calificarse como ‘soberanos’ o como ‘comerciales’”).

<sup>348</sup> *SGS c. Paraguay* (Fondo) (CL-152) ¶ 74.

Demandada en el Artículo 11 del TBI de respetar “las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”.<sup>349</sup>

175. Por su parte, Guatemala cita los casos de *SGS c. Pakistán*, *El Paso c. Argentina* y *Joy Mining c. Egipto*, en apoyo de su postura de 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)”.<sup>350</sup>

176. Dichos laudos fueron emitidos en 2003, 2006 y 2004, respectivamente.<sup>351</sup> Desde entonces, y como se ha visto, ha emergido una amplia jurisprudencia que ha considerado este tema, llegando a la conclusión de que las cláusulas paraguas significan exactamente lo que dicen, y que, si no se las aplica respetando el significado corriente de sus términos, se las priva completamente de valor. En todo caso, los tres casos citados por Guatemala aceptaron el principio de que un incumplimiento contractual puede constituir una violación del tratado respectivo.<sup>352</sup>

177. Cuarto, no es cierto 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 cláusula paraguas)”.<sup>353</sup> Ello se ve avalado por múltiples razones.

178. *En primer lugar*, las Demandantes no están planteando “reclamos contractuales”, por todas las razones que ya se expusieron en la Sección anterior, referente a la naturaleza soberana de las Medidas del Estado que son objeto de este arbitraje.

179. *En segundo lugar*, aun cuando se considerase que la naturaleza de las medidas que son objeto de este caso es “contractual”, el reclamo al amparo de una cláusula paraguas no lo es. Se trataría de

---

<sup>349</sup> *SGS c. Paraguay* (Fondo) (CL-152) ¶ 153.

<sup>350</sup> Ver Objeciones Preliminares ¶ 65 y nota 87.

<sup>351</sup> Ver *Ídem*, nota 87.

<sup>352</sup> Ver *SGS c. Pakistán* (Jurisdicción) (RL-27) ¶ 172 (“[W]e do not preclude that under exceptional circumstances, a violation of certain provisions of a State contract with an investor of another State might constitute a violation of a treaty provision”); *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia, 27 de abril de 2006 (RL-15) ¶ 84 (“[N]o cabe duda de que si el estado interviene en los derechos contractuales mediante un acto unilateral, ya sea que estos derechos surjan de un contrato celebrado por un inversionista extranjero como parte del sector privado, una entidad autónoma estatal o e Estado mismo, de manera tal que la medida adoptada por el Estado pueda interpretarse como una violación de los niveles de protección incorporados en un TBI”). Ver también *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004 (RL-28) ¶ 75 (reconociendo que ciertas violaciones contractuales pueden constituir también violaciones de tratados).

<sup>353</sup> Objeciones Preliminares ¶ 67.

todas maneras de una violación del Tratado, por aplicación de la cláusula de NMF y la consecuente aplicación de la cláusula paraguas, como ya se ha explicado.

180. *En tercer lugar*, Guatemala se contradice al argumentar que “5 de los 10 reclamos de las Demandantes bajo la cláusula paraguas constituyen reclamos puramente contractuales”,<sup>354</sup> mientras que las demás medidas incluyen “violaciones de la LGE y su Reglamento”.<sup>355</sup> Por definición, los reclamos relacionados con violaciones a compromisos contenidos a la LGE y su Reglamento no pueden ser “puramente contractuales”.

181. *En cuarto lugar*, 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.<sup>356</sup> Así, por ejemplo, el tribunal en *SGS c. Paraguay* determinó lo siguiente:

[S]i la Demandada negoció el Contrato con la expectativa de que la cláusula de elección de fuero contenida en el Contrato excluiría su responsabilidad en virtud del TBI, las suposiciones de la Demandada estaban fuera de lugar. La Demandada argumenta que la cláusula de elección de fuero era parte del acuerdo al que llegaron el Paraguay y SGS al negociar el Contrato y que una eventual exigencia de responsabilidad por parte del Tribunal

---

<sup>354</sup> *Ídem* ¶ 66. Cabe destacar que las Demandantes acreditaron más de 10 violaciones a compromisos y obligaciones específicas hechas por Guatemala, por lo que su conteo es incorrecto. Ver Memorial de Demanda ¶¶ 519-523.

<sup>355</sup> Objeciones Preliminares ¶ 66.

<sup>356</sup> *Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo, 27 de octubre de 2022 (CL-158) ¶¶ 715-719 (rechazando una objeción de elección de foro, y encontrando violación a la cláusula paraguas aplicable); *Nissan Motor Co., Ltd. c. La República de India*, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019 (CL-157) ¶ 279 (indicando que la postura de la demandada de remitir la jurisdicción con base en una cláusula de elección de foro “would be a significant limitation on the reach of the umbrella clause” resolviendo que “where Contracting Parties to a particular treaty have not signaled any basis to reject umbrella clause based on the language of underlying State contracts, it is not for a tribunal to substitute its judgement for theirs. The Tribunal’s duty is to exercise jurisdiction with which it has been vested.”); *SGS c. Paraguay* (Fondo) (CL-152) ¶¶ 105-106. Ver *SGS c. Paraguay* (Jurisdicción) (CL-109), ¶ 180; *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008 (CL-174) ¶ 58 ([E]l tribunal resolvió que una cláusula de elección de foro “no excluye la posibilidad de recurrir al procedimiento de resolución de diferencias establecido en el tratado”); *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 (CL-175) ¶ 61 (resolviendo que la cláusula de elección de foro “has no bearing upon this Tribunal’s jurisdiction”); *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Excepciones de Jurisdicción Opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005 (CL-170) ¶ 119 (rechazando la objeción basada en la cláusula de elección de vía del contrato indicando que no podía “abstenerse de ejercer su competencia simplemente porque exista una cláusula de selección de foro en conflicto” y que el tribunal tenía “la obligación de ejercer su competencia en esos casos cuando no existe indicio alguno de que las partes hubieran tenido la intención específica de que la cláusula incompatible con la jurisdicción del Centro operara como renuncia”); *Azurix c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-149) ¶ 79 (resolviendo que “forum selection clauses did not exclude... jurisdiction”); *Sempre Energy International c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 11 de mayo de 2005 (CL-168) ¶ 122 (resolviendo que las cláusulas de elección de foro “cannot affect the essence of the distinction” entre disputas contractuales y disputas bajo el tratado); *Vivendi I c. Argentina* (Anulación) (CL-148) ¶ 101 (“[D]onde la ‘base fundamental de la reclamación’ es una tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado”); *Eureko c. Polonia* (Laudo Parcial) (CL-94) ¶¶ 93, 260 (resolviendo una violación a la Cláusula paraguas a pesar de haber cláusulas de elección de foro en los contratos aplicables). Los pocos casos citados por la Demandada para intentar soportar su posición corresponden a una clara minoría jurisprudencial.

socavaría ese acuerdo, como quiera que todos los requisitos sustanciales del Contrato fueron negociados con la expectativa de que las diferencias que surgieran serían sometidas a los tribunales nacionales. Sin embargo, la Demandada deja de lado el hecho de que, además de aceptar una cláusula de elección de fuero en el Contrato, también accedió en forma separada al arbitraje de conformidad con el TBI. Al hacerlo, la Demandada le ofreció a los inversionistas suizos una jurisdicción alternativa para la solución de diferencias. El mecanismo del arbitraje en virtud del TBI formaba parte del marco jurídico aplicable y, de hecho, pasó a ser parte irrevocable del acuerdo.<sup>357</sup>

182. El mismo tribunal también señaló la incoherencia de sostener que la invocación de un incumplimiento contractual en el contexto de un reclamo bajo cláusula paraguas forzosamente requeriría demostrar que el estado demandado también incumplió de alguna forma con la cláusula de elección de foro, *e.g.*, denegando el acceso a la justicia por parte del inversionista demandante. En palabras del tribunal:

[R]esulta claro, en opinión del Tribunal, que las disposiciones relativas al pago y las relativas a la solución de diferencias incluidas en el Contrato no son opciones alternativas, sino dos obligaciones distintas. Si la Demandada no cumpliera con sus obligaciones de pago y si frustrara el intento de la Demandante de someter las diferencias a los tribunales nacionales de conformidad con la cláusula de elección de fuero, en ese caso, para el Tribunal, la Demandada estaría incumpliendo dos obligaciones en virtud del Contrato, no una sola. Los dos compromisos son obligaciones distintas y separadas entre las partes. Suponer lo contrario implicaría, en efecto, que solo se pudiera incumplir un contrato en el supuesto de conculcar, no una, sino más de una de sus cláusulas. En otras palabras, el argumento de la Demandada, a primera vista, carece de toda coherencia lógica. El Paraguay argumenta que “la ‘obligación’ que asumió Paraguay fue la de pagar a SGS o resolver las diferencias relativas al pago ante los tribunales nacionales”.... Esto no es correcto. No es posible que el Paraguay tuviera la opción de pagar sus facturas o someter la diferencia ante los tribunales nacionales.<sup>358</sup>

183. En efecto, el argumento 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 de un tribunal internacional de inversión, agregaría un requisito no escrito de agotamiento de recursos que aplicaría solo a reclamos bajo cláusulas paraguas. Además, se estaría distorsionando la naturaleza del reclamo, el cual, de ser uno de incumplimiento, pasaría a ser uno de denegación de justicia, atrayendo la aplicación de estándares distintos.

184. Por último, la Demandada argumenta que “someter reclamos contractuales a la jurisdicción del Tribunal sería tolerar un fraude al Contrato y un abuso del arbitraje de inversiones”.<sup>359</sup> Es hora de dejar algo bien claro: aplicar un tratado no es abusar de él, por más de que la conducta del Estado desemboque

---

<sup>357</sup> *SGS c. Paraguay* (Fondo) (CL-152) ¶ 107.

<sup>358</sup> *Ídem* ¶¶ 105-106. *Ídem* ¶ 180 (“Cuando menos a falta de renuncia expresa [de reclamos bajo el tratado] no debe permitirse que una cláusula contractual de elección de foro prive a un tribunal constituido en el marco de un tratado de jurisdicción para conocer reclamaciones basadas en el tratado”) (énfasis añadido).

<sup>359</sup> Objeciones Preliminares ¶ 72.

en un hallazgo de responsabilidad en contra del mismo. Las Demandantes plantean reclamos bajo el Tratado, cuidando escrupulosamente de satisfacer todos sus términos. En todo caso, las fuentes que cita Guatemala para su argumento espurio de abuso de derecho ni siquiera se refieren a la interpretación o aplicación de cláusulas paraguas.<sup>360</sup>

185. Lo anterior es más que suficiente para que el Tribunal determine que tiene jurisdicción sobre su reclamo de aplicación de cláusulas paraguas en virtud de la cláusula de NMF del Tratado. Cualquier análisis adicional implicaría forzosamente que el Tribunal prejuzgue sobre el fondo, excediendo el análisis *prima facie* que se debe hacer en esta etapa de objeciones preliminares. En suma, la objeción preliminar de la Demandada debe ser desestimada y el Tribunal debe asumir jurisdicción sobre los reclamos de las Demandantes bajo cláusulas paraguas.

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

186. En su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala alega que las Demandantes 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”.<sup>361</sup> Como se explica a continuación, 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.

187. En su Memorial de Demanda, las Demandantes demostraron que: (i) el Tratado protege a los inversionistas de actos de las cortes guatemaltecas que constituyen una denegación de justicia;<sup>362</sup> (ii) que los actos de la Corte de Constitucionalidad constituyeron un ejemplo incontrovertible de denegación de justicia al adoptar una medida judicial sin oír a TRECSA;<sup>363</sup> y (iii) que los actos de las cortes pueden violar el Tratado aún sin constituir denegación de justicia.<sup>364</sup>

188. En su escrito, Guatemala no disputa los primeros dos puntos citados en el párrafo anterior, sino que se limita a argumentar que “las decisiones de las cortes domésticas no pueden comprometer la

---

<sup>360</sup> Ver *Mobil Corporation y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010 (RL-31); Yuval Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, OXFORD UNIVERSITY PRESS (2007) (RL-32).

<sup>361</sup> Objeciones Preliminares § 3.3.

<sup>362</sup> Memorial de Demanda ¶ 469

<sup>363</sup> *Ídem* ¶¶ 471-472. Ver *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 (CL-52) ¶¶ 221-223 (citando Alwyn V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), págs. 267-268).

<sup>364</sup> Memorial de Demanda ¶ 480. Ver *Tatneft c. Ucrania* (Fondo) (CL-73) ¶ 475. Ver también *ATA c. Jordania* (Fondo) (CL-165) ¶¶ 121-127.

responsabilidad internacional del estado, salvo que el inversionista alegue y logre probar la existencia de una denegación de justicia”.<sup>365</sup> Según Guatemala, “las Demandantes alegan que las cortes de Guatemala habrían incurrido en una serie de violaciones del Tratado y del derecho internacional distintas de una denegación de justicia”,<sup>366</sup> y aduce que el Tribunal no tiene jurisdicción para pronunciarse “sobre los reclamos de las Demandantes en contra de las cortes de Guatemala que no resulten de una denegación de justicia”.<sup>367</sup>

189. La objeción de Guatemala fracasa de plano por la sencilla razón de que las Demandantes *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.<sup>368</sup> Por tanto, el Tribunal no necesita en esta etapa resolver sobre otros reclamos relativos a dicha conducta judicial.

190. Guatemala erróneamente sugiere que “parecería que las Demandantes también presentan, entre otros, reclamos en contra del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Civil y el Tribunal Contencioso Administrativo”.<sup>369</sup> Esto es incorrecto; las Demandantes no invocan actos de estas cortes como Medidas del Estado impugnadas como violaciones del Tratado en este arbitraje. Los actos de estas cortes son mencionados en el Apéndice 1 del Memorial de Demanda solo como antecedentes a fines de proporcionar contexto. Por tanto, la objeción de Guatemala es estéril.

191. En cualquier caso, como se explica a continuación, la objeción de Guatemala es incorrecta por múltiples razones.

192. Primero, Guatemala no cita disposición alguna del Tratado que soporte su interpretación. Ello tiene sentido, ya que la única referencia a denegación de justicia en el Tratado se encuentra en el apartado referente al trato justo y equitativo, al establecer que “el ‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.<sup>370</sup> El Tratado no establece que la *única* forma de configurar una violación del estándar de trato justo y equitativo, tratándose de medidas judiciales, es mediante una denegación de justicia. El Tratado tampoco

---

<sup>365</sup> Objeciones Preliminares ¶ 75.

<sup>366</sup> *Ídem* ¶ 73.

<sup>367</sup> *Ídem* ¶ 78.

<sup>368</sup> Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Expediente No. 4197-2017 del 19 de diciembre de 2018 (C-122).

<sup>369</sup> Objeciones Preliminares, nota 98.

<sup>370</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.4.2(b).

establece que una medida judicial pueda configurar una violación de los demás estándares de protección (expropiación lícita, no discriminación, etc.), *solo* si se demuestra una denegación de justicia. En efecto, el planteamiento de Guatemala agrega requisitos inexistentes al Tratado.

193. Las medidas del Poder Judicial no revisten un blindaje adicional, limitado a reclamos de denegación de justicia. Sostener ese argumento llevaría al absurdo de afirmar que las cortes domésticas sólo están vinculadas por la obligación de no denegar justicia, bajo derecho internacional. La inexistencia de esta limitación se ha visto confirmada por la reciente decisión en el caso de *Infinito Gold c. Costa Rica*, citada por Guatemala. En ese caso, el tribunal se hizo la expresa pregunta de si “pueden las medidas judiciales ser violatorias del estándar de TJE fuera de una denegación de justicia”.<sup>371</sup> Para responder, el tribunal indicó que “[l]as medidas judiciales ‘emana[n] de un órgano del Estado del mismo modo que una ley promulgada por el legislativo o una resolución adoptada por el ejecutivo’”.<sup>372</sup> Luego, el tribunal analizó el texto del tratado aplicable encontrando que:

El TBI no traza distinción respecto de los actos emanados de los diferentes poderes del Estado. Cuando Costa Rica se comprometió a otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de la Demandante, no excluyó a los actos del poder judicial de esta obligación. Tampoco especificó que las violaciones del estándar de TJE se encontraban limitadas a instancias de denegación de justicia u otra forma de arbitrariedad manifiesta o falta de debido proceso.<sup>373</sup>

194. En ese sentido, el tribunal concluyó lo siguiente:

[N]o hay razón de principio para limitar la responsabilidad del Estado emanada de decisiones judiciales a instancias de denegación de justicia. Sostener la posición contraria implicaría que parte de la actividad del Estado no sería susceptible de ser causal de responsabilidad incluso si fuese contraria a los estándares protegidos al amparo de un tratado de inversión. Si bien el Tribunal coincide con que se debe otorgar deferencia a los tribunales domésticos en cuanto a la aplicación del derecho interno, ello no implica que sus decisiones sean inmunes al escrutinio a nivel internacional.<sup>374</sup>

195. Esto naturalmente implica que las cortes domésticas pueden violar el derecho internacional de distintas maneras, como explicó el Prof. Jiménez de Aréchaga, antiguo Presidente de la Corte Internacional de Justicia:

---

<sup>371</sup> *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (“*Infinito c. Costa Rica* (Fondo)”) (RL-40) ¶ 356.

<sup>372</sup> *Ídem* ¶ 358.

<sup>373</sup> *Ídem* ¶ 358.

<sup>374</sup> *Ídem* ¶¶ 359-367 (énfasis añadido).

[I]n the present century State responsibility for acts of judicial organs came to be recognized. Although independent of the Government, the judiciary is not independent of the State: the judgment given by a judicial authority emanates from an organ of the State in just the same way as a law promulgated by the legislature or a decision taken by the executive. The responsibility of the State for acts of judicial authorities may result from three different types of judicial decision. The first is a decision of a municipal court clearly incompatible with a rule of international law. The second is what is known traditionally as a “denial of justice”. The third occurs when, in certain exceptional and well-defined circumstances, a State is responsible for a judicial decision contrary to municipal law.<sup>375</sup>

196. Como puede verse, el Prof. Jiménez de Aréchaga distingue tres formas en las que las cortes domésticas pueden incurrir en responsabilidad internacional, siendo solo una de esas tres la denegación de justicia. En ese sentido, el tribunal de *Infinito Gold c. Costa Rica* concluyó tajantemente que un país “puede incurrir en responsabilidad internacional como resultado de las decisiones de sus tribunales incluso si no se hubiese configurado una denegación de justicia”.<sup>376</sup> De igual forma, en el caso *Tafnet c. Ucrania*, el tribunal explicó que, en el ámbito del estándar de TJE, la deferencia a las cortes domésticas “is further limited by a variety of considerations arising from equitableness and reasonableness”.<sup>377</sup> Esto implicaría que “a [judicial] decision can be inequitable and unreasonable without rising to the levels [de denegación de justicia], and still eventually engage in liability for the breach of the FET standard”.<sup>378</sup>

197. Este principio fue reiterado por los tribunales en *Helnan c. Egipto*, *Eli Lilly c. Canadá* y *Karkey c. Pakistán*:

- En *Helnan*, el tribunal señaló la denegación de justicia como un ejemplo de actos de cortes domésticas que pueden violar el derecho internacional.<sup>379</sup>
- En *Eli Lilly*, el tribunal analizó el estándar mínimo de trato bajo el Artículo 1105 del TLCAN, y determinó que conductas arbitrarias e injustas pueden ser atribuidas a decisiones o conductas de las cortes domésticas, pudiendo ser “basis for a claim under NAFTA article 1105, notwithstanding that it is not cast in denial of justice terms”.<sup>380</sup> Esto llevó al tribunal a concluir que “[it] is unwilling to shut the door to the possibility that judicial conduct

---

<sup>375</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, (159-1) RECUEIL DES COURS COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (1978) (CL-186), págs. 278-279 [PDF págs. 288-289] (énfasis añadido).

<sup>376</sup> *Infinito c. Costa Rica* (Fondo) (RL-40) ¶ 367 (énfasis añadido).

<sup>377</sup> *Tameft c. Ucrania* (Fondo) (CL-73) ¶ 475

<sup>378</sup> *Ídem* (CL-73) ¶ 475

<sup>379</sup> *Helnan International Hotels A/S c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, 3 julio 2008 (CL-187) ¶ 106 (indicando que bajo derecho internacional un tribunal podría analizar las “deficiencias in procedure or substance” de procedimientos locales para ver si estos eran “unacceptable from the viewpoint of international law, such as in the case of denial of justice”).

<sup>380</sup> *Eli Lilly c. Canadá* (Fondo) (CL-138) ¶ 223 (énfasis añadido).

characterized other than as a denial of justice may engage a respondent's obligations under NAFTA Article 1105".<sup>381</sup>

- El tribunal en *Karkey*, citando el laudo de *Helnan*, encontró que: “contrary to what is alleged by Pakistan, there is no need that such deficiencies amount to a denial of justice which, as pointed out by the *Helnan* award on which both parties rely albeit from different points of views, is only one of the possible breaches of international law to be taken into consideration.... In particular, an international tribunal may decide not to defer to an arbitrary judicial decision which is, as such, incompatible with international law”.<sup>382</sup>

198. En línea con este principio, diversos tribunales internacionales han encontrado violaciones a distintos estándares de tratados de inversión, sin constituir denegación de justicia.<sup>383</sup> Por ejemplo, en *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, el tribunal consideró que la invalidación de derechos contractuales del demandante por parte de una orden de la Corte Suprema de Sri Lanka, que después determinó un cambio de conducta por parte del Estado, constituyó “a breach of the fair and equitable treatment obligation of Article 2(2) of the BIT”.<sup>384</sup> Asimismo, el tribunal en *Oil Field c. Irán* explicó que, bajo derecho internacional, “it is well established” que “the decision of a court in fact depriving any owner of the use and benefit of his property may amount to an expropriation of such property that is attributable to the state of that court”.<sup>385</sup> Es decir, el tribunal expresamente reconoció que los actos de una corte pueden ser expropiatorios, sin necesidad de que se pruebe denegación de justicia. De forma similar, el tribunal en *ATA c. Jordania* determinó que la aplicación retroactiva de la Ley de Arbitraje de Jordania por parte de las cortes de Jordania “violated both the letter and the spirit [de la cláusula de TJE] of the Turkey-Jordan BIT”.<sup>386</sup> Notablemente, el tribunal llegó a esta determinación a pesar de señalar que las acciones de dichas cortes “could hardly be said to have constituted... denial of justice”.<sup>387</sup>

199. Otros ejemplos incluyen los casos *Sistem Mühendislik c. Kirguistán* y *Saipem c. Bangladesh*. En *Sistem*, el demandante fue privado, a través de medidas judiciales, de sus derechos sobre

---

<sup>381</sup> *Ídem* ¶ 223 (énfasis añadido).

<sup>382</sup> *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017 (CL-188) ¶ 550 (énfasis añadido).

<sup>383</sup> *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012 (“*Deutsche Bank c. Sri Lanka* (Fondo)”) (CL-189) ¶ 478; *Oil Field 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 (“*Oil Field c. Irán* (Fondo)”) (CL-190) ¶ 42; *ATA c. Jordania* (Fondo) (CL-165) ¶ 126; *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 (“*Sistem c. Kirguistán* (Fondo)”) (CL-191) ¶¶ 117-18; *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009 (“*Saipem c. Bangladesh* (Fondo)”) (CL-192) ¶ 129.

<sup>384</sup> *Deutsche Bank c. Sri Lanka* (Fondo) (CL-189) ¶ 478.

<sup>385</sup> *Oil Field c. Irán* (Fondo) (CL-190) ¶ 42 (énfasis añadido).

<sup>386</sup> *ATA c. Jordania* (Fondo) (CL-165) ¶ 126.

<sup>387</sup> *Ídem* ¶ 123.

un hotel como resultado de una controversia sobre la propiedad del mismo.<sup>388</sup> El tribunal resolvió que dicho actuar de las cortes “is tantamount to an expropriation of property by [the] State”.<sup>389</sup> De forma similar, en *Saipem*, el tribunal determinó que las medidas judiciales relacionadas con la denegación de la efectividad de un laudo arbitral constituían una expropiación de los derechos contractuales del inversionista representados por dicho laudo.<sup>390</sup>

200. En suma, contrario a lo que alega Guatemala, resulta claro que los actos de las cortes domésticas sí pueden “comprometer la responsabilidad internacional del estado” aun sin alegar y ni probar denegación de justicia.<sup>391</sup> Esto tiene todo el sentido, porque, de lo contrario, un Estado podría liberarse de responsabilidad por violación de distintos estándares del Tratado simplemente efectuando todo tipo de arbitrariedades o expropiaciones a través de sus cortes.

201. Guatemala cita una serie de casos que supuestamente apoyan la posición de que indefectiblemente debe probarse una denegación de justicia para poder establecer la responsabilidad del Estado por medidas judiciales.<sup>392</sup> Esta jurisprudencia, que no es bajo el mismo Tratado que es objeto de este arbitraje, no puede ser invocada para manufacturar requisitos adicionales que no están expresados en el Tratado. Además, los casos citados por Guatemala ni siquiera apoyan su posición:

- En *Azinian c. Mexico*, se analizó si la aplicación incorrecta del derecho doméstico por cortes domésticas pudiera violar el derecho internacional.<sup>393</sup> Esto es distinto a: (i) afirmar que *cualquier* acto de *cualquier* naturaleza por parte de cortes domésticas no pueda constituir un ilícito internacional; y (ii) que un tribunal no pueda analizar la actuación de esas cortes bajo derecho internacional. El propio tribunal de *Azinian* indicó que “un tribunal internacional a quien se solicite una decisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas”.<sup>394</sup>
- En *Amco v. Indonesia*, además de ser un caso de 1984, el tribunal constató que las decisiones de cortes locales no eran obligatorias para ese tribunal y que “[u]n tribunal internacional no está obligado a adherirse a lo dictado por un tribunal nacional”.<sup>395</sup>

---

<sup>388</sup> *Sistem c. Kirguistán* (Fondo) (CL-191) ¶¶ 117-118.

<sup>389</sup> *Ídem* ¶ 118.

<sup>390</sup> *Saipem c. Bangladesh* (Fondo) (CL-191) ¶ 129.

<sup>391</sup> Objeciones Preliminares ¶ 75.

<sup>392</sup> *Ídem* ¶ 77.

<sup>393</sup> *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 noviembre 1999 (CL-53), ¶¶ 4-24, 96-97.

<sup>394</sup> *Ídem* ¶ 98.

<sup>395</sup> *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo, 20 de noviembre de 1984 (RL-33) ¶ 177

- La referencia al arbitraje *Cotesworth & Powell* es excesivamente vieja (1898), y habla de intervención diplomática de un estado en favor de sus ciudadanos por los resultados de un procedimiento de quiebra,<sup>396</sup> lo que es muy distinto al contexto de reclamaciones bajo tratados de inversiones. En cualquier caso, aun en ese contexto tan antiguo, el tribunal indicó a la denegación de justicia como un ejemplo (más no el único) por el cual las cortes domésticas pueden violar el derecho internacional.<sup>397</sup>
- En *RosInvest c. Rusia*, el tribunal expresó que “no support is provided by the [relevant treaty] for a distinction between different organs of the state and particularly between acts of courts and acts of other State entities”.<sup>398</sup> En otras palabras, todos los órganos estatales son sujetos al escrutinio del derecho internacional.
- En *Liman Caspian*, el tribunal señaló expresamente que “a distinction between acts of courts and acts of other State entities [has] no support” en el tratado relevante.<sup>399</sup> Además el tribunal señaló que un acto judicial puede, de forma simultánea o alternativa, constituir una violación del estándar TJE y una denegación de justicia.<sup>400</sup> Asimismo, el tribunal constató que los órganos jurisdiccionales de Kazajistán son, desde la perspectiva del derecho internacional, órganos de Kazajistán y, por lo tanto, sus decisiones son atribuibles al Estado, pudiendo constituir medidas que resulten en una expropiación.<sup>401</sup>
- En *IC Power c. Guatemala*, al analizar el mismo argumento jurisdiccional que presenta Guatemala, el Tribunal concluyó “to assess whether such judicial action may engage the liability of the State under the Treaty standards” es “a quintessential merits question”.<sup>402</sup>
- En *Infinito Gold v. Costa Rica*, como se indicó más arriba, el tribunal concluyó expresamente que un estado “puede incurrir en responsabilidad internacional como resultado de las decisiones de sus tribunales incluso si no se hubiese configurado una denegación de justicia”.<sup>403</sup>
- En *Parkerings c. Lituania*, la demandante no solo no realizó alegaciones de denegación de justicia, sino que no realizó ningún reclamo en contra de cortes locales,<sup>404</sup> tornando este caso en irrelevante para la posición de Guatemala.

---

<sup>396</sup> *Cotesworth & Powell Arbitration*, reportado en J. Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, (1898) (RL-35), pág. 2083.

<sup>397</sup> *Ídem* (“Nations are responsible to those of strangers, under the conditions above enumerated, *first*, for denials of justice; and *second*, for acts of notorious injustice”).

<sup>398</sup> *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia*, SCC Caso No. 079/2005, Laudo, 12 de septiembre de 2010 (RL-36) ¶ 274.

<sup>399</sup> *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo, 22 de junio de 2010 (“*Liman Caspian c. Kazajistán (Fondo)*”) (RL-37) ¶ 268.

<sup>400</sup> *Ídem* (RL-37) ¶ 285.

<sup>401</sup> *Ídem* (RL-37) ¶ 430.

<sup>402</sup> *IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala*, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final, 7 de octubre de 2020 (RL-39) ¶ 451.

<sup>403</sup> *Infinito c. Costa Rica (Fondo)* (RL-40) ¶ 367 (énfasis añadido).

<sup>404</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (RL-41) ¶¶ 310-313.

- En *OI European Group c. Venezuela*, el tribunal indicó que la denegación de justicia es una “especie” que viola el TJE,<sup>405</sup> pero no indicó que es la única forma en la que las cortes domésticas pueden incurrir en responsabilidad internacional.
- En *Pawłowski c. República Checa*, el tribunal expresamente concluyó que una expropiación ilegal puede provenir de “judicial decisions”.<sup>406</sup>

202. La doctrina citada por Guatemala tampoco apoya su posición:

- El artículo de G. Fitzmaurice (aparte de ser de 1932) ya reconocía expresamente que “[t]here may be acts or omissions of the judiciary which involve the responsibility of the state, but yet do not constitute a technical denial of justice”.<sup>407</sup>
- El Profesor Douglas remarca que es falso que las cortes nacionales reciben un trato especial en el derecho internacional.<sup>408</sup>

203. Los autores Maclachlan, Shore y Weiniger, y Newcombe y Paradell, tampoco “confirman” el principio de que un tribunal arbitral no puede considerar si una medida judicial vulnera un tratado de protección de inversiones salvo que el demandante demuestre la existencia de una denegación de justicia.<sup>409</sup> Estos autores solo se refieren al hecho de que una violación de derecho interno o una aplicación incorrecta del mismo no pueden por sí mismas dar lugar a una violación del derecho internacional.<sup>410</sup> Otra cosa muy distinta es si las actuaciones de las cortes, de manera general, pueden violar estándares de protección.

204. En efecto, el tribunal de *Infinito Gold*, citado por Guatemala,<sup>411</sup> explicó las razones por las que la postura de estas autoridades es errónea:

Es cierto que hay autoridades que sostienen la visión contraria. Para estos autores y tribunales, el motivo principal para restringir la responsabilidad por las actuaciones judiciales a la denegación de justicia pareciera residir en la naturaleza de la función judicial y, tal como expresó la Demandada, en el ‘reconocimiento de la independencia del poder

<sup>405</sup> *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 (RL-42) ¶ 523.

<sup>406</sup> *Pawłowski AG y Project Sever s.r.o. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo, 1 de noviembre de 2021 (RL-43) ¶¶ 690-692.

<sup>407</sup> G. Fitzmaurice, *The meaning of the Term ‘Denial of Justice’*, 3 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, (1932) (RL-34), pág. 103.

<sup>408</sup> Ver Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT’L & COMP L Q 867 (2014) (CL-212), pág. 869 [PDF pág. 4] (“Contrary to the received wisdom, it is not the identity of the State organ or the title of the office that counts”).

<sup>409</sup> Campbell McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2017) (RL-38) ¶¶ 7.109, 7.147-7.148 y 7.151; Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, KLUWER LAW INTERNATIONAL (2009) (RL-44), págs. 350 y 351 [PDF págs. 4 y 5].

<sup>410</sup> Ver Campbell McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2017) (RL-38) ¶¶ 7.109, 7.147-7.148 y 7.151. La cita que Guatemala hace de Newcombe y Paradell (RL-44) simplemente transcribe la posición del tribunal en *Azinian*, asunto en el que, como se ha comentado anteriormente, el tribunal explicó un tribunal internacional no está “paralizado” por las decisiones de las cortes domésticas.

<sup>411</sup> Ver Objeciones Preliminares ¶ 77, nota 108.

judicial y la gran deferencia que se les confiere a los tribunales internos que actúan en su función de buena fe de juzgamiento e interpretación del derecho interno del Estado'. Esa deferencia pareciera estar ligada al proceso de toma de decisiones de los tribunales, que radica en la resolución de cuestiones jurídicas complejas e involucra una elección entre alternativas plausibles. Si bien estas consideraciones ciertamente justifican la moderación cuando los tribunales internacionales analizan la aplicación del derecho interno por los tribunales domésticos, en opinión del Tribunal, no pueden ser un obstáculo para juzgar cuestiones relativas a violaciones del derecho internacional.<sup>412</sup>

205. Por lo anterior, el planteamiento de Guatemala de que “el Tribunal deberá declarar que carece *prima facie* de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de las cortes de Guatemala que no resulten de una denegación de justicia”<sup>413</sup> carece de todo mérito.

206. Segundo, Guatemala sostiene que el reclamo de las Demandantes relativo a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013 no “constituye, *prima facie*, una violación del Tratado”, ya que dicha declaración de inconstitucionalidad “es simplemente producto de la interacción entre las ramas del poder público y prueba de la separación y balance de poderes en el Estado guatemalteco”, y “no constituye (y no puede constituir) un comportamiento contradictorio o inconsistente del Estado en violación de sus obligaciones internacionales”.<sup>414</sup>

207. Claramente, este planteamiento es un argumento en cuanto al fondo del reclamo, y no un planteamiento respecto de la validez de un reclamo distinto al de denegación de justicia. Cualquier determinación respecto de la “interacción” entre los Poderes del Estado requiere un análisis de los argumentos y evidencia relativos a los méritos de los reclamos de las Demandantes, que no corresponde en el contexto de las Objeciones Preliminares. Además, el planteamiento de Guatemala ni siquiera tiene sentido. El hecho de que el Poder Legislativo realice actos legislativos, el Poder Ejecutivo realice actos administrativos, y el Poder Judicial realice actos judiciales no es una defensa ante el hecho de que cualquiera de esos actos puede constituir una violación del Tratado.

208. Tercero, los reclamos de las Demandantes relativos a la actuación de las cortes guatemaltecas requieren inevitablemente de un análisis fáctico por parte del Tribunal y una determinación acerca del fondo del asunto. En efecto, 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”,<sup>415</sup> Guatemala implícitamente admite que pretende forzar

---

<sup>412</sup> *Infinito c. Costa Rica* (Fondo) (RL-40) ¶ 362 (énfasis añadido).

<sup>413</sup> Objeciones Preliminares ¶ 78.

<sup>414</sup> *Ídem* ¶ 74.

<sup>415</sup> *Ídem* ¶ 75.

una fase de fondo anticipada. Sin embargo, la determinación de si hubo o no una denegación de justicia trae a colación cuestiones de hecho referidas al desarrollo del proceso de constitucionalidad que conllevó a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013 y de las consecuencias e incertidumbre jurídica resultante para el Proyecto PET que se interrelacionan con el fondo. Para el Tribunal, no corresponde determinar en este momento 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.

209. Como explicó el tribunal en *SGS c. Paraguay*:

En la etapa relativa a la jurisdicción, la demandante no tiene la carga de aportar pruebas que justifiquen “prima facie” sus argumentos relativos al fondo del asunto o que respalden sus afirmaciones acerca del supuesto incumplimiento de la demandada. Como se mencionó anteriormente, lo único que debe demostrar la demandante es que los hechos que alega (aunque todavía no se hayan probado) podrían constituir una violación del tratado en cuestión.<sup>416</sup>

210. Dicho tribunal también estableció que “[l]a determinación de que un conjunto de hechos alegados, aunque se probaran, no constituirían el incumplimiento de un derecho, concierne, en efecto, al fondo del asunto”.<sup>417</sup> Como se explicó más arriba, este es el estándar que el Tratado ha incorporado explícitamente, en su Artículo 12.23.5(c).<sup>418</sup>

211. Por todo lo anterior, el Tribunal debe rechazar con todo rigor la objeción infundada de Guatemala.

### **C. Las Demandantes no han planteado acciones bajo el Tratado ante cortes locales**

212. Guatemala considera que el Tribunal “carece de jurisdicción sobre los reclamos que las Demandantes ya eligieron someter a los tribunales competentes de Guatemala”.<sup>419</sup> Al respecto, el Estado alega 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”.<sup>420</sup> Según Guatemala, “[e]sta

---

<sup>416</sup> *SGS c. Paraguay* (Jurisdicción) (CL-109) ¶ 50.

<sup>417</sup> *Ídem* ¶ 52.

<sup>418</sup> *Ver supra* § III.

<sup>419</sup> Objeciones Preliminares § 4, págs. 31-40.

<sup>420</sup> *Ídem* ¶ 79.

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”.<sup>421</sup> El Estado agrega que, supuestamente, “[p]ara 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”, sino que “lo que resulta determinante es si las respectivas demandas comparten la misma base fundamental”.<sup>422</sup> Como se verá en esta Sección, los argumentos de Guatemala están fundados en una interpretación errónea y selectiva del Tratado, además de ser incorrectos bajo derecho internacional.

213. Primero, Guatemala realiza una interpretación selectiva e incorrecta del Tratado y en particular del Artículo 12.22.2. Dicho Artículo establece lo siguiente:

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.<sup>423</sup>

214. De conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**Convención de Viena**”), “[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”.<sup>424</sup> Lo anterior implica que la interpretación aislada del Artículo 12.22.2 del Tratado propuesta por Guatemala, no tiene cabida bajo derecho internacional, por las siguientes razones.

215. *En primer lugar*, 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. En efecto, el Capítulo 12 del Tratado, sobre “Inversión”, se divide en dos secciones, “Sección A - Inversión” y “Sección B - Solución de Controversias Inversionista-Estado”.<sup>425</sup> La Sección A contiene los estándares de protección otorgados a los inversionistas y las inversiones de las Partes del Tratado.<sup>426</sup> La Sección B prevé los mecanismos a los que pueden acceder los inversionistas para proteger sus inversiones, en caso de que algún Estado Parte viole algún estándar de protección previsto en

---

<sup>421</sup> *Ídem* ¶ 80.

<sup>422</sup> *Ídem* ¶ 81.

<sup>423</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.22.2.

<sup>424</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (CL-193), Artículo 31.

<sup>425</sup> Tratado (C-1), Capítulo 12.

<sup>426</sup> *Ídem*, Capítulo 12, Sección A.

la Sección A.<sup>427</sup> Según el Artículo 12.18.4 (“Sometimientto de una Reclamación”), “[e]n caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión... 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**”.<sup>428</sup>

216. Es decir, las reclamaciones sometidas a arbitraje bajo el Artículo 12.18.4 del Tratado, solo pueden surgir de violaciones de los estándares de protección incluidos en la “sección A”. Por su parte, el Artículo 12.18.5 enumera los distintos mecanismos y reglamentos arbitrales a los cuales puede someterse “la controversia”, *i.e.*, CNUDMI, CIADI, Mecanismo Complementario del CIADI y “otra institución de arbitraje o bajo otras reglas de arbitraje, acordados por las Partes”.<sup>429</sup> De hecho, Guatemala reconoce expresamente que los arbitrajes bajo el Tratado “concernen la violación de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado”.<sup>430</sup>

217. En tal sentido, el Artículo 12.22.2 ofrece dos opciones al inversionista: (i) haber iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión; o (ii) haber “notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18(5)”.<sup>431</sup> El artículo agrega que, una vez que el inversionista haya optado por uno de estos dos “procedimientos”, “la elección de uno u otro procedimiento será definitiv[a]”.<sup>432</sup> Pues bien, como se ha visto, el Artículo 12.8.5 (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. Por lo tanto, 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. No hay otros reclamos que se puedan someter a arbitraje internacional bajo el Tratado. Dicho de otro modo, el inversionista no tendría la “elección” del arbitraje internacional para plantear reclamos que no involucrasen violaciones de estándares contenidos en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.

218. *En segundo lugar*, el Artículo 12.18.7 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

---

<sup>427</sup> *Ídem*.

<sup>428</sup> *Ídem*, Artículo 12.18.4. (énfasis añadido)

<sup>429</sup> *Ídem* (C-1), Artículo 12.18.5.

<sup>430</sup> *Ver* Objeciones Preliminares ¶¶ 7, 25-26.

<sup>431</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.22.2 (énfasis añadido).

<sup>432</sup> *Ídem* (énfasis añadido).

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".<sup>433</sup>

219. Lo anterior tiene dos implicancias clave:

- El hecho de que se tenga que renunciar a iniciar algún procedimiento implica que la parte demandante pudo haber iniciado anteriormente algún procedimiento “ante algún tribunal judicial o administrativo” sin que esto haya constituido la elección de la vía doméstica.<sup>434</sup> Si la iniciación de un proceso local supuestamente activase siempre la cláusula de *fork in the road*, no sería necesario requerir la renuncia a tales procesos locales después de iniciar un arbitraje internacional.
- El Artículo 12.18.7 se refiere al deber de renunciar a “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”.<sup>435</sup> Por contraste, el Artículo 12.22.2 utiliza una fórmula distinta: “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”.<sup>436</sup>

220. La diferencia es clara. El Artículo 12.18.7, referente a la renuncia de procesos locales, abarca “cualquier actuación respecto de cualquier medida”, mientras que el Artículo 12.22.2, referente al *fork in the road*, hace referencia a los procedimientos de resolución de controversias por violación del Tratado. 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, como se ha explicado. En cambio, la diferencia de textos demuestra el sentido útil de la cláusula de *fork in the road*, que no busca extenderse a cualquier proceso “respecto de cualquier medida”, sino a los procesos relativos a violaciones del Tratado. Notablemente, Guatemala no hace referencia a precedentes que sustenten su interpretación en relación con tratados en los que coexista una cláusula de *fork in the road* con una cláusula de renuncia a procesos locales como la indicada.

221. La jurisprudencia apoya la postura de las Demandantes sobre este punto. Así, por ejemplo, al analizar la cláusula de *fork in the road* del Tratado sobre la Carta de la Energía, el tribunal del caso *AES*

---

<sup>433</sup> *Ídem*, Artículo 12.18.7 (énfasis añadido)

<sup>434</sup> *Ídem*, Artículo 12.18.7.

<sup>435</sup> *Ídem*, Artículo 12.18.7 (énfasis añadido).

<sup>436</sup> *Ídem*, Artículo 12.22.2 (énfasis añadido).

*Solas c. España* concluyó que, para que ésta aplique, la disputa sometida, ya sea a cortes locales o a tribunales internacionales, tiene que ser “a dispute ‘which concern[s] an alleged breach of an obligation... under Part III’ of the ECT”,<sup>437</sup> es decir una disputa sobre violaciones al tratado aplicable. Asimismo, dicho tribunal encontró que las cláusulas de *fork in the road* y *waiver* eran “distinguishable” pues tienen distintos propósitos. En el Tratado que nos ocupa, estas cláusulas también son distinguibles, y la única interpretación bajo la cual ambas cláusulas cumplirían sus propósitos, es la propuesta por las Demandantes.

222. *En tercer lugar*, 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”.<sup>438</sup> Bajo la interpretación de Guatemala, el Tratado, lejos de proteger inversiones, estaría excluyéndolas de plano de esa protección pues básicamente implicaría que bastaría con iniciar un proceso local sobre *cualquier* tema de derecho doméstico o *cualquier* tema relacionado con la inversión para perder el beneficio de las protecciones otorgada por el Tratado.

223. Segundo, aun en el supuesto de que la interpretación de Guatemala sea correcta (que no lo es), para que una elección de foro en este tipo de cláusulas sea definitiva, se tiene que cumplir con el *test* de triple identidad.<sup>439</sup> Guatemala indica que este *test* “no es relevante” sino que lo relevante es que los reclamos “comparten la misma base fundamental”.<sup>440</sup> Como se demuestra a continuación, Guatemala se equivoca. La abrumadora mayoría de jurisprudencia indica que el *test* de triple identidad debe aplicarse

---

<sup>437</sup> Ver *AES Solar y otros (PV Investors) c. El Reino de España*, Caso CPA No. 2012-14, Laudo Preliminar sobre Jurisdicción, 13 de octubre de 2014 (“*AES c. España* (Jurisdicción)”) (CL-164) ¶¶ 323-324. Adicionalmente, dicho tribunal resolvió que, para que la cláusula de *fork in the road* opere, se tiene que satisfacer el *test* de triple identidad (descrito en detalle más abajo). *Ídem* ¶¶ 305-313. Esta jurisprudencia es aplicable al presente caso, ya que, al igual que el Tratado del Triángulo Norte, el Tratado sobre la Carta de la Energía contempla la posibilidad de que se planteen reclamos bajo tratado al foro interno. Ver Tratado (C-1), Artículo 12.18.1 (“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”) (énfasis añadido).

<sup>438</sup> Tratado (C-1), Preámbulo.

<sup>439</sup> *FREIF Eurowind Holdings Ltd c. El Reino de España*, Caso SCC No. 2017/060, Laudo Final, 8 de marzo de 2021 (“*Eurowind c. España* (Fondo)”) (CL-194) ¶ 420; *Addiko Bank AG c. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB/17/3, Laudo, 24 de noviembre de 2021 (“*Addiko c. Montenegro* (Fondo)”) (CL-195) ¶ 404. Ver *Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. c. República Federal de Nigeria*, Laudo Final, 26 de marzo de 2021 (“*Zhongshan c. Nigeria* (Fondo)”) (CL-196) ¶¶ 83-87 (indicando que la adopción del “triple identity test” era “the correct approach on [the] issue” de *fork in the road*); *Charanne and Construction Investments c. El Reino de España*, Caso SCC No. V 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016 (“*Charanne c. España* (Fondo)”) (CL-198) ¶ 409; *AES c. España* (Jurisdicción) (CL-164) ¶¶ 305-313; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 10 de abril de 2013 (“*Mobil c. Argentina* (Jurisdicción y Responsabilidad)”) (CL-199) ¶ 139; *Khan c. Mongolia* (Jurisdicción) (CL-200) ¶ 390; *Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001 (“*Lauder c. República Checa* (Fondo)”) (CL-201) ¶ 163-166; *CMS c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 17 de julio 2003 (“*CMS c. Argentina* (Jurisdicción)”) (CL-202) ¶ 80; *Azurix c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-149) ¶ 88-91; *Pan American Energy LLC et al. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/8, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 27 de julio de 2006 (“*Pan American c. Argentina* (Objeciones Preliminares)”) (CL-203) ¶ 154-157; *Toto Costruzioni Generali SpA c. Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2009 (“*Toto c. Líbano* (Jurisdicción)”) (RL-17) ¶ 211-212.

<sup>440</sup> Objeciones Preliminares ¶ 81.

con respecto a este tipo de cláusulas.<sup>441</sup> Por ejemplo, en la reciente decisión de *FREIF c. España*, el tribunal indicó que “the triple identity test has been used by numerous tribunals in their analysis of the ‘electa una via’”.<sup>442</sup> De igual forma, el tribunal de *Khan v. Mongolia* concluyó que “[t]here is ample authority for [the] application” del test de triple identidad,<sup>443</sup> rechazando expresamente la aplicación del análisis del “fundamental basis”.<sup>444</sup> Como explicó el tribunal de *Mobil c. Argentina*:

[T]he fork-in-the-road clause, in the light of the decisions of many ICSID tribunals, only excludes disputes before international tribunals that have been previously brought before local courts when those disputes are between the same parties and involve the same purpose as well as the same cause of action.<sup>445</sup>

224. De lo anterior, se desprende que el test es acumulativo, pues el tribunal utiliza la conjunción “and” en lugar de “or”. En ese sentido, el tribunal de *Addiko c. Montenegro*, concluyó:

A dispute is characterised by three elements: (a) the parties to the dispute; (b) the object of the dispute; and (c) the cause of action. It is only if these three elements are identical that two disputes are the same (in the case of identity of parties, a party is assimilated to its privies).<sup>446</sup>

225. El test de triple identidad tiene entonces tres elementos: (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.<sup>447</sup> El incumplimiento de alguno de estos elementos es suficiente para rechazar la objeción jurisdiccional.<sup>448</sup> Por ejemplo, el tribunal en *FREIF c. España* rechazó esta objeción por no cumplirse el primer elemento, de identidad de partes.<sup>449</sup> De igual forma, el tribunal en *Charanne c. España* encontró que la falta del elemento de identidad de partes es “suficiente para rechazar

---

<sup>441</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶ 420; *Addiko c. Montenegro* (Fondo) (CL-195) ¶ 404. Ver *Zhongshan c. Nigeria* (Fondo) (CL-196) ¶¶ 83-87 (indicando que la adopción del “triple identity test” era “the correct approach on [the] issue” de *fork in the road*); *Charanne c. España* (Fondo) (CL-198) ¶ 409; *Mobil c. Argentina* (Jurisdicción y Responsabilidad) (CL-199) ¶ 139; *Khan c. Mongolia* (Jurisdicción) (CL-200) ¶ 390; *Lauder c. República Checa* (Fondo) (CL-201) ¶ 163-166; *CMS c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-202) ¶ 80; *Azurix c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-149) ¶ 88-91; *Pan American c. Argentina* (Objeciones Preliminares) (CL-203) ¶ 154-157; *Toto c. Líbano* (Jurisdicción) (RL-17) ¶ 211-212.

<sup>442</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶ 420.

<sup>443</sup> *Khan c. Mongolia* (Jurisdicción) (CL-200) ¶ 390.

<sup>444</sup> *Ídem* ¶¶ 389-390.

<sup>445</sup> *Mobil c. Argentina* (Jurisdicción y Responsabilidad) (CL-199) ¶ 139.

<sup>446</sup> *Addiko c. Montenegro* (Fondo) (CL-195) ¶ 404. Ver *Zhongshan c. Nigeria* (Fondo) (CL-196) ¶¶ 83-87 (indicando que la adopción del “triple identity test” era “the correct approach on [the] issue” de *fork in the road*).

<sup>447</sup> *Mobil c. Argentina* (Jurisdicción y Responsabilidad) (CL-199) ¶ 139 (utilizando la conjunción “and” para referirse al cumplimiento del test); *Addiko c. Montenegro* (Fondo) (CL-195) ¶ 404 (“It is only if these three elements are identical that two disputes are the same”).

<sup>448</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶ 427; *Charanne c. España* (Fondo) (CL-198) ¶ 409.

<sup>449</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶ 427 (“[a]s this condition [identidad de partes] of the triple identity test has not been met, Spain’s jurisdictional objection on the grounds of the electa una via clause must fail”).

la objeción a la jurisdicción fundamentada en la cláusula *electa una vía*".<sup>450</sup> En este caso, Guatemala no ha siquiera intentado acreditar la identidad de alguno de los tres elementos.

226. En lugar de aplicar el test correcto bajo derecho internacional, Guatemala propone la aplicación del test de "base fundamental".<sup>451</sup> Guatemala basa todo su argumento en solamente dos casos, que no apoyan su posición. El primero de esos casos es *H&H c. Egipto*, donde el tribunal decidió no aplicar el test de triple identidad por no considerarlo adecuado para el texto particular del TBI entre Egipto y EE.UU.<sup>452</sup> Sin embargo, dicho tratado es fundamentalmente diferente del Tratado que nos ocupa. Dicho tratado establece que una "legal investment dispute" podría someterse a arbitraje internacional ante el CIADI solo si "(i) the dispute has not been settled through consultation and negotiation; or (ii) the dispute has not, for any good faith reason, been submitted for resolution in accordance with any applicable dispute-settlement procedures previously agreed to by the Parties to dispute; or (iii) the national or company, has not brought before the courts of justice or administrative tribunal of competent jurisdiction of the Party that is a Party to the dispute".<sup>453</sup> De manera crucial, y a diferencia del Tratado en el presente arbitraje, el tratado entre Egipto y EE.UU. define "legal investment dispute" como "a dispute involving (i) the interpretation or application of an investment agreement between a Party and a national or company of the other Party; or (ii) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment".<sup>454</sup>

227. Por contraste, y como se ha visto, el Artículo 12.22.2 no contiene una definición de disputas tan amplia como la del TBI entre Egipto y EE.UU., sino que se refiere a "un procedimiento ante un tribunal competente" y hace referencia específica a arbitrajes iniciados conforme al Tratado, por violaciones del Tratado. Esta distinción es relevante porque la demandante en el caso *H&H* había acudido tanto a un tribunal arbitral, como a cortes locales para resolver la misma disputa que planteó ante el tribunal de inversión, activando las disposiciones previamente citadas del TBI Egipto-EE.UU.<sup>455</sup> Por ello, el tribunal en ese caso resolvió que "the Claimant's expropriation claim does not have an autonomous existence outside the contract",<sup>456</sup> y que "the breaches that allegedly violate the FET standard – the breach of the Option to Buy, failure to accept the development plans, failure to assist the Claimant in obtaining licenses

---

<sup>450</sup> *Charanne c. España* (Fondo) (CL-198) ¶ 409.

<sup>451</sup> Objeciones Preliminares ¶ 81.

<sup>452</sup> *H&H Enterprises Investment Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo del 6 de mayo de 2014 ("*H&H c. Egipto* (Fondo)") (RL-46) ¶ 366.

<sup>453</sup> Ver Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y la República Árabe de Egipto (CL-215), Artículo VII(3)(A).

<sup>454</sup> *Ídem*, Artículo VII(1) (énfasis añadido).

<sup>455</sup> *H&H c. Egipto* (Fondo) (RL-46) ¶ 366.

<sup>456</sup> *Ídem* (RL-46) ¶ 377.

as result of GHE’s alleged interference and instructions to the Ministry of Tourism – were raised as counterclaims by the Claimant both in the Cairo Arbitration and before the Egyptian local courts”.<sup>457</sup> De hecho, el tribunal de *FREIF c. España* consideró y rechazó la aplicación del caso *H&H*, indicando que el test de triple identidad es el que la jurisprudencia ha desarrollado.<sup>458</sup>

228. En el segundo caso citado por Guatemala, *Pantechniki c. Albania*, el test de triple identidad no fue analizado, pues ninguna de las partes del arbitraje lo propuso.<sup>459</sup> En cualquier caso, ambas partes en ese caso se enfocaron en determinar si la disputa bajo cortes domésticas y la disputa bajo el tratado era la misma,<sup>460</sup> por lo que el tribunal limitó su análisis a esa determinación. Con respecto a este punto, el tribunal determinó que la demandante reclamaba exactamente lo mismo en el proceso local y en el arbitraje internacional:

[Claimant’s] final submission (in the since abandoned petition to the [Albanian] Supreme Court) was that it was entitled to payment of US\$1,821,796 “because the Defendant had recognised and admitted that this amount is due”. The logic is inescapable. To the extent that this prayer was accepted it would grant the Claimant exactly what it is seeking before ICSID....<sup>461</sup>

229. En este caso, Guatemala ni siquiera alega que las Demandantes hayan reclamado exactamente el mismo remedio o fundamento en los procesos locales que invoca y en el presente arbitraje internacional, lo que confirma la debilidad de su argumento.

230. Adicionalmente, Guatemala saca de contexto una referencia al laudo en *Philip Morris c. Uruguay* para argumentar que el test de “base fundamental de una controversia debe entenderse ampliamente respecto de los hechos que la subyacen y, por ende, no debe limitarse a reclamos legales específicos”.<sup>462</sup> Contrario a lo sugerido por Guatemala, esta referencia del tribunal no se relacionaba con el análisis de una cláusula de *fork in the road*, ni con una objeción relacionada con la misma.<sup>463</sup> Basta leer esa sección del laudo para ver que, en realidad, el tribunal estaba rechazando una objeción de Uruguay sobre un requisito previsto en el del TBI Uruguay-Suiza de presentar controversias sobre la inversión

---

<sup>457</sup> *Ídem* ¶ 379 (énfasis añadido).

<sup>458</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶¶ 419-420.

<sup>459</sup> *Pantechniki S.A. Contractors c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009 (“*Pantechniki c. Albania* (Fondo)”) (RL-47) ¶¶ 50-62.

<sup>460</sup> *Ídem* ¶ 55.

<sup>461</sup> *Ídem* ¶ 67.

<sup>462</sup> Objeciones Preliminares ¶ 83.

<sup>463</sup> *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 (“*Philip Morris c. Uruguay* (Jurisdicción)”) (RL-48) ¶¶ 100-129.

primero en tribunales locales para poder después acudir a tribunales internacionales, es decir una cláusula de agotamiento de recursos.<sup>464</sup> Nada tiene que ver esto con el *test* aplicable a cláusulas de *fork in the road*. La realidad es que ninguno de los casos citados por Guatemala apoya su postura y el *test* que ésta propone ha sido consistentemente rechazado por tribunales internacionales.<sup>465</sup>

231. Tercero, y en todo caso, aún si se aplicara el estándar de “base fundamental” de Guatemala (el cual, como se demostró, es rechazado por la abrumadora mayoría de la jurisprudencia internacional),<sup>466</sup> el mismo es superado en el presente caso, o es irrelevante a los procesos citados por Guatemala.<sup>467</sup>

232. En particular, Guatemala sostiene que “el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos... cuatro medidas”.<sup>468</sup> Dichas medidas se relacionan con: (i) la suspensión arbitraria por parte de la municipalidad de Santa Lucía Milpas de una licencia de construcción, mediante Acta No. 61-2019 del 15 de julio de 2019, confirmada por Acta 88-2019 del 22 de octubre de 2019;<sup>469</sup> (ii) rechazos arbitrarios por parte de la Municipalidad de Antigua Guatemala de otorgar a TRECSA una licencia de construcción en dicho municipio mediante Acta Municipal No. 105-2018 del 16 de noviembre de 2018<sup>470</sup> y Acta Municipal No. 51-2019 del 6 junio de 2019;<sup>471</sup> (iii) rechazo arbitrario por parte de la Municipalidad de Sumpango de otorgar a TRECSA una licencia de construcción en dicho municipio mediante Acta Municipal No. 53-2016 del 1 de septiembre de 2016;<sup>472</sup> y (iv) la imposición de requisitos arbitrarios por parte de la Municipalidad de Cantel para otorgar una licencia de construcción en dicho municipio mediante Acta Municipal No. 38-2011 del 25 de noviembre de 2011, y Acta Municipal No. 20-2012 del 7 de mayo de 2012.<sup>473</sup>

---

<sup>464</sup> *Ídem* ¶¶ 100-129.

<sup>465</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶¶ 419-420.

<sup>466</sup> *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-194) ¶ 420; *Addiko c. Montenegro* (Fondo) (CL-194) ¶ 404. Ver también *Zhongshan c. Nigeria* (Fondo) (CL-196) ¶¶ 83-87 (indicando que la adopción del “triple identity test” era “the correct approach on [the] issue” de *fork in the road*); *Charanne c. España* (Fondo) (CL-198) ¶ 409; *Mobil c. Argentina* (Jurisdicción y Responsabilidad) (CL-199) ¶ 139; *Khan c. Mongolia* (Jurisdicción) (CL-200) ¶ 390; *Lauder c. República Checa* (Fondo) (CL-201) ¶ 163-166; *CMS c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-202) ¶ 80; *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003 (CL-149) ¶ 88-91; *Pan American c. Argentina* (Objeciones Preliminares) (CL-203) ¶ 154-157; *Toto c. Libano* (Jurisdicción) (RL-17) ¶ 211-212.

<sup>467</sup> Objeciones Preliminares ¶¶ 85-96.

<sup>468</sup> *Ídem* ¶ 84.

<sup>469</sup> Apéndice I del Memorial de Demanda, pág. 46.

<sup>470</sup> *Ídem*, págs. 2-3; FM-A-179 (C-476-2), pág. 8.

<sup>471</sup> *Ídem*, págs. 2-3; FM-A-219 (C-400-2), pág. 9.

<sup>472</sup> *Ídem*, págs. 28-29.

<sup>473</sup> *Ídem*, pág. 35

233. Notablemente, las últimas **dos de esas cuatro** medidas ni siquiera son objeto del presente arbitraje, sino que se trata de actos citados por las Demandantes como antecedentes.<sup>474</sup> En efecto, las Demandantes incluyeron una descripción fáctica de los hechos relativos al rechazo arbitrario de la licencia de construcción en el municipio de Sumpango,<sup>475</sup> así como a la imposición arbitraria de requisitos para la licencia de construcción del municipio de Cantel,<sup>476</sup> pero solo a título de antecedentes y contexto, sin formar parte del reclamo (ni de la compensación reclamada) de las Demandantes.

234. Con respecto a las otras dos medidas, las acciones judiciales correspondientes no coinciden con este arbitraje, tanto bajo el *test* de triple identidad (que sería el *test* aplicable), como bajo el de base fundamental por las siguientes razones:

- **Municipio de Santa Lucía Milpas Altas:** No se cumple el *test* de triple identidad aplicable a la cláusula de *fork in the road* pues: (i) *las partes* en el proceso contencioso-administrativo no son las mismas que en este arbitraje, ya que el GEB no compareció en dicho proceso y la autoridad demandada en el mismo fue la Municipalidad de Santa Lucía Milpas Altas (por oposición a la República de Guatemala);<sup>477</sup> (ii) *el objeto* de la disputa en el proceso contencioso-administrativo era “revocar y dejar sin efecto” las actas municipales mencionadas para que la licencia de construcción previamente otorgada siga surtiendo efectos,<sup>478</sup> mientras que el objeto del presente arbitraje es obtener una compensación por la pérdida del valor de la inversión de las Demandantes como consecuencia de las Medidas del Estado en violación del Tratado;<sup>479</sup> (iii) *la causa de acción* del proceso administrativo fue la vía contencioso-administrativa y los reclamos fueron planteados exclusivamente bajo derecho guatemalteco,<sup>480</sup> mientras que la causa de acción del arbitraje es un proceso de resolución de controversias previsto en el Tratado, por violaciones a estándares de protección del Tratado.<sup>481</sup> Asimismo, bajo el estándar incorrecto propuesto por Guatemala,

---

<sup>474</sup> Esto incluye el Acta Municipal de Sumpango No. 53-2016 del 1 de septiembre de 2016, confirmada mediante el Acta Municipal No. 34-2017 del 25 de mayo de 2017, y el Acta de la Municipalidad de Cantel No. 38-2011 del 14 de octubre de 2011, confirmada mediante el Acta No. 6-2015 del 25 de febrero de 2015. Ver Objeciones Preliminares ¶¶ 91, 94.

<sup>475</sup> Apéndice I del Memorial de Demanda, págs. 28-29.

<sup>476</sup> *Ídem*, pág. 35 (cabe mencionar que la Demandada incluye *motu proprio* el Acta Municipal 6-2015 que no fue mencionada por las Demandantes en su Memorial).

<sup>477</sup> Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020 (**R-1**), pág. 1. Como se explicó más arriba, la mera falta de este requisito ha sido suficiente para rechazar la objeción de la cláusula de *fork in the road*. Ver *Charanne c. España* (Fondo) (**CL-198**) ¶ 409; *Eurowind c. España* (Fondo) (**CL-194**) ¶ 427.

<sup>478</sup> Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020 (**R-1**), pág. 21. Ver Apéndice I del Memorial de Demanda, pág. 46.

<sup>479</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 564-568. El tribunal en *FFREIF c. España* realizó esta distinción y explicó que no importa que haya “overlap in the factual background raised” en los procedimientos locales y el arbitraje, los objetos eran distintos pues uno tenía el propósito de “strike down the New Regulatory Regime” en España y la disputa bajo el tratado “concern[ed] compensation for alleged breaches... under the ECT”. *Eurowind c. España* (Fondo) (**CL-194**) ¶ 427.

<sup>480</sup> Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020 (**R-1**), págs. 15-21.

<sup>481</sup> Esta diferencia fue claramente explicada por la reciente decisión de *Mercuria Energy c. Polonia* donde el tribunal indicó que las disputas no tenían una misma causa de acción pues “Claimant’s claims in this arbitration are based on the protection provided in Part III of the ECT, whereas JSE’s claims before the Polish courts are rooted in Polish law, in particular the Tax Ordinance”. *Mercuria Energy Group Limited c. República de Polonia (II)*, Caso SCC No. 2019/126, Laudo Final, 29 de diciembre de 2022 (**CL-205**) ¶ 608.

tampoco se puede concluir que el proceso contencioso-administrativo compartiese la misma base fundamental que los reclamos bajo el Tratado. Según el caso de *Pantechniki*, citado por Guatemala (y que, en todo caso, solo puede ser considerado como un *outlier* que refleja una opinión minoritaria), bajo el análisis de “fundamental basis”, “the key is to assess whether the same dispute has been submitted to both national and international fora”.<sup>482</sup> Recuérdese que, en ese caso, el demandante reclamaba exactamente el mismo monto, bajo exactamente los mismos incumplimientos, en el proceso local y en el arbitraje ante el CIADI. En el presente caso, y como ya se explicó, la disputa en el proceso contencioso-administrativo consistía en la revocatoria de las actas municipales para dejar vigente una licencia de construcción, sin reclamarse siquiera una compensación monetaria.<sup>483</sup> En cambio, la disputa en este arbitraje consiste en determinar si las Medidas del Estado violaron los estándares de protección previstos por el Tratado, y la compensación reclamada corresponde a la pérdida en el valor de la inversión de las Demandantes.<sup>484</sup>

- **Municipio de Antigua:** Tampoco se cumple en este caso el *test* de triple identidad pues: (i) *las partes* en el proceso contencioso-administrativo no son las mismas que en este arbitraje, ya que el GEB no compareció en dicho proceso y la autoridad demandada en el mismo fue la Municipalidad de Antigua Guatemala (por oposición a la República de Guatemala);<sup>485</sup> (ii) *el objeto* de la disputa en el proceso contencioso era que “se revoque[n] y deje[n] sin efecto” las Actas Municipales Nos. 51-2019 y 105-2018 y “se emita nueva resolución otorgando” la licencia de construcción requerida,<sup>486</sup> mientras que la disputa en este arbitraje versa sobre un reclamo de compensación por la pérdida del valor de la inversión de las Demandantes como consecuencia de las Medidas del Estado en violación del Tratado;<sup>487</sup> y (iii) *la causa de acción* tampoco es la misma por las mismas razones descritas en la viñeta anterior.<sup>488</sup> Asimismo, y al igual que en el supuesto anterior, aun aplicando el estándar incorrecto de la Demandada, el proceso contencioso-administrativo no tiene la misma base fundamental que los reclamos bajo el arbitraje, ya que se tratan de disputas completamente distintas.

235. Al respecto, el Prof. Douglas, citado por Guatemala, explica que “[i]t is submitted that the distinction should survive for the purposes of interpreting the ‘fork in the road clauses’, so causes of action based on municipal and international law obligations would entail two different ‘disputes’ for the purposes

---

<sup>482</sup> *Pantechniki c. Albania* (Fondo) (RL-47) ¶ 61.

<sup>483</sup> Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020 (R-1), pág. 21.

<sup>484</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 409, 564-567.

<sup>485</sup> Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019 (R-3), pág. 1.

<sup>486</sup> *Ídem*, págs. 39, 40. Ver también Apéndice I del Memorial de Demanda, pág. 35.

<sup>487</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 564-568. El tribunal en *FFREIF c. España* realizó esta distinción y explicó que no importa que haya “overlap in the factual background raised” en el procedimiento local y el arbitraje” los objetos eran distintos pues uno tenía el propósito de “strike down the New Regulatory Regime” en España y la disputa bajo el tratado “concern[ed] compensation for alleged breaches... under the ECT”. *Eurowind c. España* (Fondo) (CL-205) ¶ 427.

<sup>488</sup> Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019 (R-3), págs. 27-33, 37-38.

of this clause”.<sup>489</sup> De igual forma, el tribunal de *Total c. Argentina* rechazó una objeción basada en la cláusula de *fork in the road* concluyendo que:

El Tribunal no necesita lidiar con esta cuestión dado que considera que los dos procedimientos tienen dos propósitos diferentes. El objeto del presente arbitraje ante este Tribunal consiste en dirimir si existió una supuesta violación del TBI... por parte de Argentina; el reclamo ante los tribunales argentinos consiste en dirimir si la reclamación retroactiva consiste en una violación de la legislación argentina.<sup>490</sup>

236. Como también explicó el tribunal de *Mercuria Energy c. Polonia* en una reciente decisión:

[T]he Tribunal notes that the fact that claims in this arbitration and the domestic proceedings have both arisen from the imposition of the Penalty does not mean that they are parallel proceedings that should be prevented by the fork-in-the-road provision in Article 26(3)(b)(i) of the ECT.<sup>491</sup>

237. De hecho, dicho tribunal consideró que ni siquiera era necesario entrar al debate sobre el *test* aplicable, pues la disputa bajo ese tribunal estaba basada en “the protection provided in Part III of the ECT, whereas JSE’s claims before Polish Courts are rooted in Polish Law”.<sup>492</sup> Cabe mencionar que el tribunal expresó que, incluso si los montos solicitados en compensación son “identical” eso “does not mean that these are the same claims”.<sup>493</sup> En vista de lo anterior, no cabe duda que la objeción de Guatemala carece de fundamento alguno.

238. Por último, al mencionar cuatro medidas específicas, Guatemala pretende que el Tribunal realice un análisis fáctico detallado de cada una de esas medidas y las compare con los reclamos de la Demandante para determinar si tienen la misma “base fundamental”.<sup>494</sup> Esa es una nueva invitación a que el Tribunal se adentre al fondo del asunto, y que el Tribunal vaya al detalle de decenas de documentos, así como testimonios y pericias. Como se ha explicado a detalle con anterioridad, dicho análisis no corresponde en esta etapa.

---

<sup>489</sup> Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2003) (RL-45), pág. 280.

<sup>490</sup> *Total S.A. c. La República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (CL-204) ¶ 443.

<sup>491</sup> *Mercuria Energy Group Limited c. República de Polonia (II)*, Caso SCC, No. 2019/126, Laudo Final, 29 de diciembre de 2022 (“*Mercuria c. Polonia (II)* (Fondo)”) (CL-205) ¶ 607.

<sup>492</sup> *Ídem* ¶ 608.

<sup>493</sup> *Ídem* ¶ 609.

<sup>494</sup> Ver Objeciones Preliminares ¶¶ 85-96.

239. Por todo lo anterior, la Objeción Preliminar de Guatemala relativa a la aplicación de la cláusula de *fork in the road* debe ser desestimada en su integridad.

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

240. Guatemala alega que el Tribunal “debe inadmitir los reclamos sobre actos administrativos para los cuales las demandantes no han agotado la vía gubernativa”,<sup>495</sup> citando el Artículo 12.18.1 del Tratado.<sup>496</sup> Al respecto, Guatemala argumenta 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”.<sup>497</sup>

241. En la introducción de su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala reconoce que, en el Tratado, “los Estados contratantes detallaron de manera precisa las condiciones bajo las cuales estarían dispuestos a someter una controversia a un arbitraje”.<sup>498</sup> Sin embargo, como se detalla en esta Sección, la objeción de agotamiento de recursos del Estado se basa en una lectura incompleta del Tratado, una manipulación de la legislación guatemalteca, y un desconocimiento de principios de derecho internacional.

242. Primero, 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.<sup>499</sup> Específicamente, Guatemala alega que, “a pesar de que la legislación guatemalteca exige el agotamiento de la vía administrativa antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, las Demandantes no agotaron dicha vía para, al menos, 18 actos administrativos que, según ellas, serían violatorios del Tratado y en contra de los cuales procedía el recurso de reposición”.<sup>500</sup> Este argumento no puede prosperar.

243. Específicamente, el Artículo 12.18.1 del Tratado establece lo siguiente:

Artículo 12.18 Sometimiento de una Reclamación

1. 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

---

<sup>495</sup> *Ídem* § 5, págs. 37-40.

<sup>496</sup> *Ídem* ¶ 98

<sup>497</sup> *Ídem* ¶ 100.

<sup>498</sup> *Ídem* ¶ 5 (énfasis añadido).

<sup>499</sup> *Ídem* ¶¶ 101-103.

<sup>500</sup> *Ídem* ¶ 104 (énfasis añadido).

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.<sup>501</sup>

244. Como es bien sabido, los términos del Tratado deben interpretarse conforme a las reglas establecidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.<sup>502</sup> Así, como explicó el tribunal en *Hasanov c. Georgia*, “[t]he intention of the Contracting Parties as expressed in the text of the BIT is the best guide to their common intentions”.<sup>503</sup> De conformidad con el Artículo 31 de dicha Convención, el sentido corriente del Artículo 12.18.1 y, en particular, la frase “cuando la legislación de la Parte así lo exija”, desmiente el argumento del Estado.

245. En efecto, en materia de tratados de protección de inversiones, el agotamiento de recursos locales no es la regla general, sino la excepción.<sup>504</sup> Aun en los casos en que los tratados requieren el agotamiento de recursos locales para el sometimiento de una reclamación a arbitraje, la jurisprudencia y la doctrina internacional concurren en que no es un requisito absoluto, pues éste “primarily depends on the wording and construction of the relevant... provisions”<sup>505</sup> del tratado en cuestión. En este sentido, “it is generally understood that the local remedies rule may be derogated from, qualified, or varied”<sup>506</sup> por el texto del tratado, lo cual determina su exigibilidad.<sup>507</sup> Así, una amplitud de tratados sujetan el requisito de agotamiento de recursos locales a un periodo específico de tiempo, independientemente de que el sistema

---

<sup>501</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.18.1 (énfasis añadido).

<sup>502</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CL-193), Artículos 31-32.

<sup>503</sup> *Nasib Hasanov c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/20/44, Decisión sobre la Objeción de la Demandada, 19 de abril de 2022 (CL-217) ¶ 88.

<sup>504</sup> IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD BEST PRACTICES SERIES, (2017) (CL-218), pág. 7 (“Unlike in the context of the major human right systems, in which ELR is the rule rather than the exception, very few agreements in the universe of over 3,000 bilateral investment treaties (BITs) and treaties with investment provisions (TIPs) expressly require ELR”). Ver Convenio CIADI, Artículo 26 (“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”).

<sup>505</sup> *Marvin c. México* (Fondo) (CL-125) ¶ 71.

<sup>506</sup> *Ídem*. Ver *Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A., Estados Unidos de América c. Italia*, 1989, I.C.J. Reports 4 (CL-228) ¶ 50. Ver también IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series, January 2017 (CL-218), pág. 29.

<sup>507</sup> Ver *Marvin c. México* (Fondo) (CL-125) ¶ 71.

legal doméstico emita o no una decisión final en ese periodo,<sup>508</sup> o incluso después de emitirse una resolución final, si las partes continúan en disputa.<sup>509</sup>

246. Ese es el caso del Tratado que nos ocupa. Como puede apreciarse de los términos del Artículo 12.18.1, en su sentido corriente, los Estados Contratantes establecieron de manera precisa tres condiciones al requisito de agotamiento de recursos administrativos locales para acceder “al arbitraje previsto en este Artículo”<sup>510</sup> (*i.e.*, el arbitraje bajo el Tratado): (i) que se trate de reclamaciones que involucren 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.<sup>511</sup>

247. En este sentido, el lenguaje contenido en el Artículo 12.18.1 del Tratado, particularmente el condicionamiento del requisito de agotamiento a que “la legislación de la Parte así lo exija”, afirma la potestad de Guatemala de requerir el agotamiento de recursos administrativos internos para acceder al arbitraje del Tratado, pero “[it] cannot be considered as a requirement”<sup>512</sup> por sí mismo, pues depende de que Guatemala efectivamente establezca dicho requerimiento en su legislación doméstica.<sup>513</sup> De lo contrario, como indicó el tribunal en *EDF c. Argentina*, el reconocimiento de un requisito de agotamiento de recursos locales implícito “would conflict with the plain reading of Article 26 [of the ICSID Convention],

---

<sup>508</sup> IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD BEST PRACTICES SERIES, Enero 2017 (CL-214), pág. 29. Ver United Nations, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (1998), pág. 93 (“Some BITs that prescribe recourse to local remedies allow the investor to submit a dispute to arbitration under the investor-to-State dispute-settlement mechanism after the dispute has been before the local courts or administrative tribunals for some fixed period of time, even if the local courts or administrative tribunals have not concluded their proceedings”); *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008 (CL-220) ¶ 124.

<sup>509</sup> IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD BEST PRACTICES SERIES, Enero 2017 (CL-214), pág. 29. Ver 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 8.1. Ver también Convenio para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones entre Argentina y Bélgica/Luxemburgo, 28 de junio de 1990 (CL-224), Artículo 12.2. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección de Inversiones, 17 de mayo de 1994 (CL-225), Artículo 8; Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Argentina, 20 de octubre de 1992 (CL-226), Artículo 10.2; Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 30 de enero de 1995 (CL-227), Artículo 10, ¶¶ 2-3; Acuerdo de Fomento y Reciproca Protección de las Inversiones entre la República Oriental del Uruguay y la República Popular de Hungría, 25 de Agosto de 1989 (CL-228), Artículo 10, ¶¶ 2-3.

<sup>510</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.18.1.

<sup>511</sup> *Ídem*.

<sup>512</sup> IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD BEST PRACTICES SERIES, (2017) (CL-214), pág. 12.

<sup>513</sup> Como puede verse en un reporte reciente del IISD sobre el requisito de agotamiento de recursos en el contexto del arbitraje de inversión, el tipo de lenguaje contenido en el Artículo 12.18.1 del Tratado, *i.e.* potestativo, puede encontrarse también en otros tratados de protección de inversiones. IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD BEST PRACTICES SERIES, (2017) (CL-218), pág. 12. De hecho, y como puede verse en el Apéndice 2 al presente escrito, la propia Guatemala tiene otros dos tratados en los cuales se incluyen cláusulas potestativas, estableciendo que “[c]ada Parte podrá exigir el agotamiento previo de sus recursos administrativos como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Capítulo”. Ver Tratado de Libre Comercio entre la República de Guatemala y la República de China (Taiwán), 22 de septiembre de 2005 (C-767), Artículo 10.22 (énfasis añadido); Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá, 6 de marzo de 2002 (C-768), Artículo 10.22 (énfasis añadido).

as well as invite States to mandate [it] without giving fair warning of such a stipulation to investors who enter a treaty expecting a clear path to arbitration”.<sup>514</sup>

248. En efecto, de conformidad con el Artículo 26 del Convenio CIADI, es Guatemala quien tiene la carga de demostrar que efectivamente existe un requisito de agotamiento de recursos administrativos liso y llano en este caso, pues se presume la renuncia de los estados a dicho requisito:

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.<sup>515</sup>

249. Como reconoció el tribunal en *Lanco c. Argentina*, el Artículo 26 del Convenio CIADI es un estándar de interpretación, “a presumption that arbitration is the exclusive remedy, but that the parties may require exhaustion of domestic remedies”.<sup>516</sup> En este sentido, una “stipulation to the contrary, if any, would merely eliminate the presumption as to the exclusivity of ICSID Arbitration, giving rise to the existence of another forum in which to settle the dispute”.<sup>517</sup> Por tanto, la segunda frase del Artículo 26 del Convenio CIADI “is precisely the waiver, by the Contracting State party, of the prior exhaustion requirement, a requirement that the State may reserve to itself, through such second sentence”.<sup>518</sup> Como confirmó el tribunal en *Lanco*, este requisito puede ser establecido por los Estados Parte, precisamente, en su ley doméstica.<sup>519</sup> Sin embargo, como se explica más abajo, esta condición no se cumple aquí.

250. De hecho, había distintas formulaciones que podían haber adoptado los Estados Contratantes del Tratado del Triángulo Norte para no dejar sujeto el requisito de agotamiento a que “la legislación de la Parte así lo exija”. Por ejemplo, el TBI entre Argentina y España establece:

La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

---

<sup>514</sup> *EDF c. Argentina* (Fondo) (CL-77) ¶ 1126–1127.

<sup>515</sup> Convenio CIADI (CL-219), Artículo 26 (énfasis añadido).

<sup>516</sup> *Lanco International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral, 8 de diciembre de 1998 (“*Lanco c. Argentina* (Jurisdicción)”) (CL-154) ¶ 38 (énfasis añadido).

<sup>517</sup> *Ídem*.

<sup>518</sup> *Ídem*.

<sup>519</sup> *Ídem* ¶ 39. Ver también *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003 (CL-155) ¶ 13.5 (considerando que el requisito “must be contained in the instrument in which such consent is expressed”).

a) A petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo.

o

cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes....<sup>520</sup>

251. Por su parte, el TBI entre Italia y Argentina establece:

Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.<sup>521</sup>

252. En ambos casos, existe una obligación lisa y llana de recurrir a un procedimiento ante la jurisdicción nacional (por un plazo de al menos 18 meses) antes de poder proceder al arbitraje internacional bajo el tratado respectivo. No hay una salvedad relativa a que dicho agotamiento sea necesario solo cuando “la legislación de la Parte así lo exija”. Los Estados Contratantes pudieron haber adoptado alguna de estas formulaciones, u otra similar, pero no lo hicieron. La salvedad existe, y tiene valor.

253. Segundo, 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.

254. Notablemente, Guatemala no cita disposición alguna de la legislación guatemalteca que exija el agotamiento de recursos previo al sometimiento de una reclamación contra actos administrativos al arbitraje internacional previsto en el Tratado.<sup>522</sup> Seguramente consciente del defecto en su argumento, Guatemala se ve obligada a invocar los requisitos previstos en la legislación guatemalteca para acudir al proceso contencioso administrativo,<sup>523</sup> los cuales no pueden hacerse extensivos al presente arbitraje.

255. Contrario a lo que alega Guatemala, las Demandantes no se encontraban obligadas a agotar la vía administrativa respecto de sus reclamos ante el foro internacional contra las conductas administrativas

---

<sup>520</sup> 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) (énfasis añadido). El numeral 2 al que hace referencia la disposición citada se refiere al sometimiento de la controversia “a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión”. *Ídem*, Artículo X(2).

<sup>521</sup> Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones, 22 de mayo de 1990 (CL-264), Artículo 8.3 (énfasis añadido).

<sup>522</sup> *Ver, en general*, Objeciones Preliminares § 5, págs. 37-40; Anexo B de las Objeciones Preliminares.

<sup>523</sup> Objeciones Preliminares ¶¶ 103-105.

del Estado. De hecho, la Ley de Inversión Extranjera, que regula “principalmente” al “inversionista extranjero y su inversión” en el país,<sup>524</sup> establece que “las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional u otros mecanismos alternos de solución de controversias”,<sup>525</sup> sin condicionar el acceso a dichos mecanismos al agotamiento de recursos administrativos internos.<sup>526</sup>

256. Tercero, 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. Por tanto, 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.

257. En el primer escenario (*i.e.*, sometimiento de la reclamación contra actos administrativos al foro interno del Estado receptor de la inversión), la legislación guatemalteca efectivamente exige el agotamiento de los recursos administrativos de revocatoria o reposición, según corresponda, tal como confirma Guatemala en su escrito: “[b]ajo el derecho guatemalteco, antes de iniciar un proceso contencioso administrativo para impugnar un acto administrativo... el accionante debe primero agotar la vía administrativa”.<sup>527</sup> Sin embargo, en este caso, como es evidente, las Demandantes no sometieron su reclamo bajo el Tratado contra la conducta administrativa del Estado al foro interno guatemalteco, sino al presente arbitraje internacional.<sup>528</sup> Guatemala no disputa este hecho.<sup>529</sup>

258. El hecho de que exista este requisito expreso con respecto a acciones ante el foro local demuestra el sentido y la utilidad de la frase “cuando la legislación de la Parte así lo exija”. Asimismo, el hecho de que la Demandada mencione el requisito de agotamiento en el contexto de acciones contencioso-

---

<sup>524</sup> Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Inversión Extranjera (C-15), Artículo 2 (“Normas Aplicables. El Estado de Guatemala fomenta y promueve la inversión extranjera. El inversionista extranjero y su inversión se regulan principalmente por lo preceptuado en esta ley”).

<sup>525</sup> *Ídem*, Artículo 11.

<sup>526</sup> *Ídem*.

<sup>527</sup> Objeciones Preliminares ¶ 101.

<sup>528</sup> Memorial de Demanda § II.C.3 (“Conducta administrativa en violación de los derechos de las Demandantes”), págs. 83-159.

<sup>529</sup> *Ver, en general*, Objeciones Preliminares § 5, págs. 37-40. *Ver también ídem* § 4 (“El tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos que las demandantes ya eligieron someter a los tribunales competentes de Guatemala”, donde no se incluyen los actos administrativos que son objeto de la objeción sobre agotamiento de recursos locales), págs. 31-37.

administrativas confirma que ella está consciente de que la legislación *debe* exigir el agotamiento para que se active la cláusula del Tratado. De lo contrario, su referencia a ese requisito no tendría sentido alguno.

259. Respecto del segundo escenario (*i.e.*, sometimiento de la reclamación contra actos administrativos al arbitraje internacional conforme al Tratado), vale la pena notar que la particular redacción del Artículo 12.18.1 es común en los tratados de protección de inversiones suscritos por la República de Colombia.<sup>530</sup> De hecho, como puede verse en el Apéndice 3 de este escrito, apenas tres de los tratados suscritos por Guatemala contienen una cláusula similar a la del Artículo 12.18.1.<sup>531</sup> Esto demuestra que la frase “cuando la legislación de la Parte así lo exija” no es ociosa, y debe dársele el efecto que indican sus términos sencillos.

260. Guatemala claramente está consciente de que la frase “cuando la legislación de la Parte así lo exija” tiene relevancia también en este escenario, ya que el único precedente internacional que cita en el contexto de esta objeción es uno en donde se trató una cláusula que contenía esa frase, *AFC c. Colombia*.<sup>532</sup> Guatemala afirma que el tribunal arbitral en *AFC* habría interpretado “una cláusula similar” al Artículo 12.18.1 del Tratado, contenida en el tratado bilateral de protección de inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia.<sup>533</sup> Sin embargo, el tribunal en ese caso no interpretó, o siquiera se pronunció, sobre el requisito de agotamiento de la vía gubernativa previsto en dicho tratado, sino que únicamente lo hizo sobre la regla de prescripción.<sup>534</sup> Esto es confirmado por las porciones del laudo que Guatemala cita en su escrito.<sup>535</sup> Ahora bien, si lo que quiso decir Guatemala es que el tribunal del caso *AFC* interpretó la regla de agotamiento, ello no sería verdad. La cita de la Demandada a *AFC* no es más que una distracción.

261. Es igual de revelador el hecho de que Guatemala no cite ningún otro caso que haya abordado el tema del agotamiento de recursos. Como el Tribunal sabrá, existen múltiples casos donde tribunales internacionales han interpretado cláusulas de agotamiento de recursos locales en el contexto de

---

<sup>530</sup> IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD BEST PRACTICES SERIES (2017) (CL-218), pág. 14.

<sup>531</sup> Apéndice 2.

<sup>532</sup> Objeciones Preliminares ¶ 98.

<sup>533</sup> *Ídem*.

<sup>534</sup> *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) ¶ 207. Guatemala cita la porción del laudo de *AFC* donde el tribunal escribió que la cláusula de resolución de controversias “obliga [al inversionista] a un proceso escalonado, progresivo y por etapas, cada uno con una función útil diferente”. Objeciones Preliminares ¶ 98. Este principio genérico, desde luego, no está en disputa, y las Demandantes cumplieron con todos los pasos precursores al presente arbitraje.

<sup>535</sup> Objeciones Preliminares ¶¶ 98-99, notas 140-143. Los párrafos 205, 207, 227, 228 del laudo a los que Guatemala hace referencia en su escrito contienen: (a) el análisis y decisión del tribunal arbitral sobre la regla de prescripción prevista en el Artículo 10 del APPRI España-Colombia o (b) una simple descripción del contenido del Artículo 10 de dicho tratado sobre controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante.

tratados de protección de inversiones.<sup>536</sup> La razón de la ausencia de citas es obvia: estos otros casos no involucraron tratados que contengan la frase “cuando la legislación de la Parte así lo exija”. Todo lo anterior confirma que es indisputable que la frase mencionada tiene un peso específico, y debe ser aplicada por el Tribunal según su sentido corriente.

262. Cuarto, y en cualquier caso, tribunales internacionales han admitido reclamos bajo tratados que contienen cláusulas de agotamiento de recursos, por actualizarse alguna de las excepciones a dicho requisito. En efecto, la doctrina y 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.<sup>537</sup> En este caso, los hechos demuestran que cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca para resolver la presente controversia habría sido fútil.

263. Por ejemplo, el tribunal en *Abaclat c. Argentina* analizó la cláusula de agotamiento de recursos prevista en el TBI entre Argentina e Italia, el cual exige a los inversionistas seguir recursos locales por 18 meses antes de someter la controversia a arbitraje internacional.<sup>538</sup> A diferencia del Tratado que nos ocupa, el requisito de agotamiento de recursos en el TBI entre Argentina e Italia no se encuentra condicionado a que “la legislación de la Parte así lo exija”.<sup>539</sup> Aunque en *Abaclat* era un hecho indisputado que los inversionistas no sometieron la controversia a la jurisdicción local, el tribunal indicó que “el hecho de que las Demandantes no respetaran el requisito de los 18 meses de litigio no es suficiente en sí mismo para impedir que las Demandantes puedan recurrir a un procedimiento de arbitraje”, sino que “[l]a verdadera cuestión es si el hecho de no haber respetado ese requisito, basado en las circunstancias que le corresponden, puede considerarse compatible con el objeto y el fin del sistema” de solución de controversias establecido en el tratado, o contrario a él.<sup>540</sup> En particular, el tribunal señaló que:

---

<sup>536</sup> *ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012 (CL-229); *Abaclat c. Argentina* (Jurisdicción y Admisibilidad), 4 de agosto de 2011 (RL-14); *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012 (“*Urbaser c. Argentina* (Jurisdicción)”) (CL-211).

<sup>537</sup> *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013 (RL-13) ¶ 599 (“Parece estar generalmente aceptado en el marco del derecho internacional que las obligaciones que requieren que un individuo se acerque a los tribunales locales de un Estado antes de poder llevar una reclamación al plano internacional no son aplicables de forma incondicional.”). Ver *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (CL-119) ¶ 343; ILC Articles & Commentary (CL-214), Artículo 44, Comentario 5.

<sup>538</sup> *Abaclat c. Argentina* (Jurisdicción y Admisibilidad) (RL-14) ¶ 578.

<sup>539</sup> Ver Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones (CL-264), Artículo 8(3).

<sup>540</sup> *Abaclat c. Argentina* (Jurisdicción y Admisibilidad) (RL-14) ¶ 580.

A este respecto, no sería irrelevante el hecho de que el plazo de 18 meses pudiera ser o no un plazo realista para llegar a una decisión final, ya que el fin de ese párrafo es meramente ofrecer al Estado receptor la oportunidad de tratar la cuestión antes de que se recurra al arbitraje internacional.... Esta cuestión requiere, a su vez, sopesar los intereses de las Partes, es decir, el de la Argentina de tener la oportunidad de tratar la controversia en el marco de su sistema jurídico nacional y el de las Demandantes de poder disponer de un mecanismo eficiente de arreglo de diferencias.... A este respecto, el Tribunal considera que esta oportunidad no debe ser únicamente una oportunidad teórica, sino que debe existir una posibilidad real en la práctica de que el Estado receptor, a través de sus órganos judiciales, trate la cuestión de una forma que pueda conducir a un arreglo efectivo de la diferencia.<sup>541</sup>

264. En este sentido, dado que los recursos disponibles para los inversionistas en el sistema legal local no habrían sido adecuados “para tratar las presentes reclamaciones de un modo que efectivamente arreglara la diferencia”,<sup>542</sup> el tribunal en *Abaclat* concluyó que:

[S]obre la base de las circunstancias generales del caso, parece que esa oportunidad habría sido solo teórica y/o no habría llevado a una solución efectiva de la controversia en el plazo de 18 meses, y habría sido injusto privar al inversor de su derecho a recurrir al arbitraje debido meramente a que no hubiera respetado el requisito de los 18 meses de litigio. La razón de ello es que el hecho de no respetar ese requisito no habría causado ningún perjuicio real al Estado receptor, mientras que, al contrario, la privación del derecho del inversor a recurrir al arbitraje habría privado efectivamente a este de un medio importante y eficiente de arreglo de diferencias.<sup>543</sup>

265. Asimismo, el tribunal en *Urbaser c. Argentina* analizó la cláusula de agotamiento de recursos prevista en el TBI entre España y Argentina, la cual exige a los inversionistas proseguir recursos locales por 18 meses antes de someter la controversia a arbitraje internacional.<sup>544</sup> Igualmente, a diferencia del Tratado que nos ocupa, el requisito de agotamiento de recursos en el TBI entre España y Argentina no se encuentra condicionado a que “la legislación de la Parte así lo exija”.<sup>545</sup> En este sentido, al considerar la condición temporal a la que estaba sujeto el requisito de agotamiento de recursos, el tribunal en *Urbaser* señaló que éste:

[C]an be required of an investor only to the extent that the investor is not excluded from filing a claim before a competent tribunal of the Host State, which in turn functions pursuant to rules and working conditions that under reasonable circumstances and given the complexity of an investment dispute may reach a decision... within an 18 month period. If, to the contrary, there is no likelihood that even under the most favourable circumstances

---

<sup>541</sup> *Ídem* ¶¶ 581-582 (énfasis añadido).

<sup>542</sup> *Ídem* ¶ 585.

<sup>543</sup> *Ídem* ¶ 583.

<sup>544</sup> *Urbaser c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-211) ¶ 164.

<sup>545</sup> *Ver* Acuerdo entre el Reino de España y la República de Argentina sobre Promoción y Protección de las Inversiones (CL-216), Artículos 7(2), 7(3)(a).

a decision... shall not be forthcoming, even at first instance, the requirement... would be deprived of its meaning and “effet utile”. If this latter outcome is one that an investor is to expect, it would not make any sense to file a proceeding that presumably would require evidentiary showings and extensive briefing. In this regard, the proceeding itself would be inconsequential and the time passed similar to a waiting period. Even Respondent admitted that the goal of the provision... did not purport to be a waiting period.<sup>546</sup>

266. Con base en la evidencia presentada por las demandantes, que incluía el “average duration of proceedings involving the State”,<sup>547</sup> el tribunal en *Urbaser* rechazó la objeción planteada por el Estado argentino y concluyó lo siguiente:

Based on the findings explained above, it appears that clearly none of the various possible alternative means for litigating before the domestic courts of the Argentine Republic... are suitable to meet the requirements of... the BIT. An investor-state dispute before the courts of Argentina would far exceed the 18 months fixed by... the BIT.... A proceeding that can in no reasonable way be expected to reach that target is useless and unfair to the investor. Claimants were not required to engage in such a “proceeding” pursuant to the provisions of... the BIT.<sup>548</sup>

267. Los criterios sostenidos por los tribunales en *Abaclat* y *Urbaser* son aplicables a este caso. Según se explicó anteriormente, el Artículo 12.18.1 del Tratado limita el agotamiento de recursos administrativos a seis meses a partir de la fecha de su iniciación.<sup>549</sup> Como se evidencia de los hechos narrados en el Memorial, las Demandantes no podían razonablemente esperar que los recursos administrativos previstos en la legislación guatemalteca, particularmente el recurso de reposición, hubiesen resuelto efectivamente sus reclamos contra los actos administrativos del MEM violatorios del Tratado, en un periodo de seis meses, como lo exige el Artículo 12.18.1 del mismo.<sup>550</sup>

268. Por ejemplo, ante la decisión arbitraria y antijurídica del MEM de rechazar la aplicación de la tasa de actualización del 7% real anual al ajuste del Canon Anual, contenida en la Resolución No. 992-2022, TRECSA interpuso recurso de reposición el 9 de junio de 2022.<sup>551</sup> A la fecha, más de 11 meses después de su presentación, el MEM no ha resuelto el recurso.<sup>552</sup> Asimismo, en contra de la decisión arbitraria del MEM de rechazar el ajuste del Canon Anual por mayores valores de indemnización en la constitución de servidumbres en los Lotes C, D y E, contenida en las Resoluciones No. 921-2020, 925-

---

<sup>546</sup> *Urbaser c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-211) ¶ 193 (énfasis añadido).

<sup>547</sup> *Ídem* ¶ 196.

<sup>548</sup> *Ídem* ¶ 202 (énfasis añadido).

<sup>549</sup> Tratado (C-1), Artículo 12.18.1.

<sup>550</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 153-154, 346.

<sup>551</sup> *Ídem* ¶ 346.

<sup>552</sup> *Ídem*.

2020 y 928-2020,<sup>553</sup> TRECSA interpuso recursos de reposición el 22 de junio de 2022,<sup>554</sup> 28 de octubre de 2022,<sup>555</sup> y 8 de septiembre de 2020,<sup>556</sup> respectivamente.<sup>557</sup> A la fecha, más de 11 meses, 7 meses, y 32 meses después, el MEM no ha resuelto dichos recursos.

269. Estas cifras implican que el promedio de tiempo que ha tardado el MEM en resolver cuatro recursos de reposición contra actos administrativos impugnados por las Demandantes en este arbitraje es de **15.2 meses, y contando**. En definitiva, la sede administrativa guatemalteca no ofrece “una posibilidad real en la práctica” de que Guatemala “trate la cuestión de una forma que pueda conducir a un arreglo efectivo de la diferencia”.<sup>558</sup>

270. Pero 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, incluyendo respecto de las medidas específicas que son objeto de esta Objeción Preliminar.<sup>559</sup> Según se explicó en detalle en el Memorial de Demanda, las Demandantes, por aproximadamente 24 meses (entre octubre de 2019, cuando se presentó el primer Aviso de Controversia, y octubre de 2021, cuando se levantó la suspensión del Primer Arbitraje y se dio inicio al Segundo Arbitraje), persiguieron llegar a una solución con el Estado, incluyendo al MEM, respecto de los actos administrativos que han afectado su inversión,<sup>560</sup> particularmente lo relativo a los ajustes del Canon Anual, la tasa de actualización aplicable, y la obligación de protección y seguridad del Estado.<sup>561</sup> Incluso, las Demandantes aceptaron la suspensión del presente arbitraje en dos ocasiones para promover y facilitar el diálogo.<sup>562</sup> Y luego, desde el inicio del proceso de consultas y la presente fecha ya hacen casi cuatro años, durante los cuales las Demandantes han continuado sus esfuerzos por llegar a acuerdos.

271. Sin embargo, el Estado mostró, una y otra vez, una actitud obstruccionista, indiferente, y destinada únicamente a aprovecharse de la buena fe y la disposición de las Demandantes para satisfacer sus

---

<sup>553</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 303-333.

<sup>554</sup> TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 921-2020 del 22 de junio de 2022 (C-745).

<sup>555</sup> TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 925-2020 del 28 de octubre de 2022 (C-746).

<sup>556</sup> TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 928-2020 del 8 de septiembre de 2020 (C-747).

<sup>557</sup> En el Anexo B de su escrito de Objeciones Preliminares, la Demandada asevera incorrectamente que TRECSA no presentó recursos de reposición contra estas resoluciones del MEM. Anexo B de las Objeciones Preliminares, pág. 5.

<sup>558</sup> *Abaclat c. Argentina* (Jurisdicción y Admisibilidad) (RL-14) ¶ 582.

<sup>559</sup> Memorial de Demanda § II.D (“Guatemala frustró las consultas en torno a la resolución de esta controversia”), págs. 159-165.

<sup>560</sup> *Ídem* ¶¶ 391-393. Ver GEB y TRECSA, Carta a MINECO del 17 de enero de 2020 (C-221), GEB y TRECSA, Carta al MEM del 4 de junio de 2020 (C-226).

<sup>561</sup> Memorial de Demanda ¶ 393. Ver GEB y TRECSA, Carta al MEM del 4 de junio de 2020 (C-226).

<sup>562</sup> Memorial de Demanda ¶¶ 388-405.

propios intereses.<sup>563</sup> Es más, en ocasiones, las autoridades guatemaltecas ni siquiera se molestaron en responder las invitaciones del GEB y TRECSA.<sup>564</sup> Esto termina de consolidar la evidencia de que cualquier intento de las Demandantes de resolver la presente controversia ante el sistema legal guatemalteco sería “intrascendente y el tiempo transcurrido similar a un periodo de espera”.<sup>565</sup>

272. Ante esta conducta del Estado guatemalteco, incluyendo del MEM, sería un absurdo procesal suponer que las materias que son objeto del presente arbitraje pudieran resolverse ahora mediante un recurso de reposición en un lapso de seis meses. Los esfuerzos de las Demandantes por resolver su disputa con el Estado, incluyendo respecto de las medidas del MEM que son objeto de esta Objeción Preliminar, se extendieron durante *mucho más que seis meses, i.e., por años*. Las Partes ahora están en el arbitraje y es hora de parar con las dilaciones y resolver el caso de una buena vez por todas.

273. Por tanto, la objeción de Guatemala sobre agotamiento de recursos administrativos locales debe ser rechazada, por no ser requerido dicho agotamiento conforme a las prescripciones específicas del Tratado. Además, según demuestran los hechos del caso, incluso si este requerimiento fuese aplicable, cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca para impugnar los actos administrativos del MEM violatorios del Tratado hubiese sido (y sería) fútil. Por tanto, sería injusto e incompatible con el objeto y fin del Artículo 12.18 del Tratado privar a las Demandantes de su derecho a acudir al arbitraje internacional en aras de arreglar sus diferencias con el Estado guatemalteco.

\* \* \*

## V. Petitorio

274. Por las razones que anteceden, las Demandantes solicitan al Tribunal Arbitral que:

- (a) Rechace las Objeciones Preliminares planteadas por la República de Guatemala, en su totalidad;
- (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.

---

<sup>563</sup> *Ídem* ¶ 405.

<sup>564</sup> *Ídem* ¶ 391. Ver GEB y TRECSA, Carta a MINECO del 17 de enero de 2020 (C-221).

<sup>565</sup> *Urbaser c. Argentina* (Jurisdicción) (CL-211) ¶ 193.

Respetuosamente,

---

**WHITE & CASE**

Ciudad de México

*Abogados de las Demandantes*

25 de mayo de 2023