

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

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Demandante

c.

LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

(Caso CIADI n.º ARB/10/17)

LAUDO

TRIBUNAL ARBITRAL

Sr. Alexis Mourre, presidente

Prof. William W. Park, árbitro

Dr. Claus von Wobeser, árbitro

Secretaria del Tribunal:

Sra. Anneliese Fleckenstein

Fecha de envío a las Partes: 19 de diciembre de 2013

En representación del Demandante:

Sra. Andrea Menaker
Sr. Jamie M. Crowe
White & Case LLP
Washington, DC 20005
Estados Unidos de América
y
Sr. Phil Barringer
Sr. Javier Cuevas
TECO Guatemala Holdings, LLC
Tampa, FL 33602
Estados Unidos de América

En representación de la Demandada:

Dr. Vladimir Aguilar
Procuraduría de la República de
Guatemala
Ciudad de Guatemala, Guatemala
y
Sr. Sergio de la Torre Gimeno
Sra. María Luisa Flores
Sr. Alexander Cutz Calderón
Sr. Romeo López Gutiérrez
Ministerio de Integración y Comercio
Exterior
Ministerio de Economía
Ciudad de Guatemala, Guatemala
y
Sr. Alejandro Arenales
Sr. Alfredo Skinner-Klée
Sr. Rodolfo Salazar
Arenales & Skinner Klée
Ciudad de Guatemala, Guatemala
y
Sr. Nigel Blackaby
Sr. Lluís Paradell
Sra. Noiana Marigo
Sr. Jean-Paul Dechamps
Sra. Lauren Friedman
Sra. Michelle Grando
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Washington, DC 20004
Estados Unidos de América

Índice

GLOSARIO DE ABREVIATURAS Y TÉRMINOS EMPLEADOS.....	7
I. LAS PARTES	10
A. El Demandante	10
B. La Demandada	11
II. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE.....	12
III. HISTORIA PROCESAL	14
IV. RESUMEN DE LOS HECHOS	22
A. Antecedentes sobre el sistema eléctrico de Guatemala	22
B. El nuevo marco regulatorio.....	27
1. La Ley General de Electricidad	27
a) Creación de la CNEE.....	27
b) Base de cálculo de las tarifas	28
c) Procedimiento para el establecimiento de las tarifas	29
2. El RLGE	30
C. La privatización de EEGSA	32
D. Las tarifas durante el período 1999-2003.....	35
E. La revisión tarifaria para el período 2003-08	36
F. La restructuración del grupo TECO ENERGY	37
G. La revisión tarifaria para el período 2008-13	37
1. Los términos de referencia de abril de 2007 y su impugnación.....	37
2. Los Términos de Referencia aplicables	39
3. El informe sobre el VAD de Bates White.....	41
4. La constitución de la Comisión Pericial y la discusión de las Reglas Operativas	43
5. El informe de la Comisión Pericial y su disolución.....	46
6. La fijación de las tarifas para el período 2008-13 y los recursos planteados por EEGSA.....	48
7. La venta de las acciones de Teco en EEGSA	54
V. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE JURISDICCIÓN	55
A. Resumen de la posición de la Demandada	55
1. La reclamación de Teco es un mero desacuerdo regulatorio	55
2. El Demandante no puede presentar ante el Tribunal Arbitral una apelación a las decisiones de los tribunales de Guatemala, solo podría presentar una reclamación por denegación de justicia pero no lo ha hecho.....	57
3. La decisión en el caso <i>Iberdrola</i>	58
B. Resumen de la posición del Demandante	59
1. La reclamación de Teco se refiere a una violación del Tratado y no es un mero desacuerdo regulatorio.....	59
2. Las reclamaciones de Teco se resolverán en la etapa sobre el fondo	60

3.	El Demandante no tiene limitaciones para plantear una denegación de justicia.....	61
4.	La decisión del tribunal arbitral del caso <i>Iberdrola</i> no es relevante para analizar la jurisdicción del Tribunal Arbitral en este caso.....	61
VI. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO.....		62
A. Posición del Demandante.....		62
1.	Guatemala violó su obligación según el artículo 10.5 del Tratado	62
a)	La modificación fundamental del marco regulatorio y la violación de las legítimas expectativas del Demandante	63
i.	<i>El VAD sería calculado sobre la base del estudio presentado por el distribuidor</i>	64
ii.	<i>La LGE estableció que el VAD se calcularía sobre la base del VNR de una red de distribución de una compañía modelo eficiente.....</i>	65
iii.	<i>Los desacuerdos entre el distribuidor y la CNEE sobre el estudio del VAD serían resueltos por una comisión pericial independiente.....</i>	66
b)	Guatemala llevó a cabo la revisión tarifaria de 2008 de mala fe y de forma abiertamente arbitraria	68
i.	<i>La emisión de los Términos de Referencia para la revisión de 2008.....</i>	68
ii.	<i>El rechazo injustificado del estudio de Bates White.....</i>	69
iii.	<i>Los intentos de manipulación del funcionamiento de la Comisión Pericial por parte de la CNEE</i>	70
iv.	<i>La disolución de la Comisión Pericial</i>	71
v.	<i>El acoso de los directivos de EEGSA</i>	72
c)	Las acciones de Guatemala son violatorias de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a Teco	72
i.	<i>Modificación sustancial del marco regulatorio y frustración de las legítimas expectativas del Demandante</i>	73
ii.	<i>Prohibición de actuaciones arbitrarias, ilegales y groseramente injustas</i>	74
2.	Los daños.....	75
a)	Los beneficios perdidos entre agosto de 2008 y octubre de 2010	76
b)	La pérdida de valor de las acciones de EEGSA como consecuencia de las acciones de Guatemala.....	76
c)	Respuesta a las críticas del perito de la Demandada.....	77
d)	Razonabilidad de la valoración de los expertos del demandante.....	78
i.	<i>La tasa interna de retorno (“TIR”) respecto del costo de capital propio</i>	78
ii.	<i>Los VNR calculados por Bates White y Sigla.....</i>	79
iii.	<i>El precio de venta por el cual EPM compró DECA II</i>	79
e)	Intereses.....	79
B. Posición de la Demandada.....		80
1.	El estándar mínimo de trato del Tratado no cubre las reclamaciones de Teco	81
2.	Las alegadas manifestaciones hechas por Guatemala y las supuestas frustraciones de las legítimas expectativas de Teco.....	83
a)	La modificación del artículo 98 del RLGE en 2007	84

b)	El FRC en los Términos de Referencia de 2008.....	84
c)	El rol de la Comisión Pericial.....	85
i.	<i>Pronunciamiento no vinculante</i>	85
ii.	<i>Función limitada al pronunciamiento</i>	86
iii.	<i>Se trata de aspectos de derecho interno que ya han sido decididos por la Corte de</i> <i>Constitucionalidad de Guatemala</i>	86
3.	Sobre la supuesta arbitrariedad e injusticia en la revisión tarifaria de 2008.....	87
a)	Los Términos de Referencia para la revisión tarifaria de 2008.....	87
b)	El estudio de Bates White y el empleo por la CNEE del estudio de Sigla para calcular el VAD	88
c)	El artículo 98 bis del RLGE.....	89
d)	Las Reglas Operativas.....	90
e)	Los supuestos contactos ilícitos con el perito Riubrugent.....	91
f)	Los alegados actos de acoso a los directivos de EEGSA.....	91
4.	Los daños.....	92
a)	Los errores en la valuación por el método de flujo de fondos descontados del perito Kaczmarek	92
i.	<i>Costos operativos proyectados por Kaczmarek</i>	92
ii.	<i>Proyecciones de Kaczmarek en el escenario contrafáctico</i>	92
b)	Los errores en la valuación por el uso de comparables.....	94
c)	La venta de DECA II refleja el valor correcto de EEGSA en el escenario real.....	94
d)	Valuación corregida.....	95
e)	Razonabilidad de la valuación de los peritos Abdala y Schoeters.....	95
f)	Los intereses.....	96
VII.	PETICIONES DE LAS PARTES.....	97
A.	Peticiones del Demandante.....	97
B.	Peticiones de la Demandada.....	97
VIII.	RAZONAMIENTO DEL LAUDO.....	98
A.	Jurisdicción.....	98
1.	Estándar mínimo de trato en el marco del CAFTA-RD.....	99
2.	La presunta naturaleza meramente regulatoria de la controversia.....	103
3.	El desacuerdo entre las Partes fue presuntamente resuelto por los tribunales de Guatemala y el Demandante renunció al derecho de presentar una reclamación por denegación de justicia.....	103
4.	El tribunal del caso <i>Iberdrola</i> emitió una resolución jurisdiccional a favor de Guatemala.....	106
B.	La cuestión de fondo.....	107
1.	Los desacuerdos de las Partes sobre el marco regulatorio.....	108
a)	Pertinencia de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad para el presente arbitraje....	109
b)	Fijación de la tarifa sobre la base del estudio realizado por el distribuidor a través de su consultora.....	110
c)	La función de la Comisión Pericial.....	115

d)	Si la consultora del distribuidor y la Comisión Pericial podían apartarse de los Términos de Referencia.....	122
2.	Las supuestas declaraciones de la Demandada y las expectativas legítimas del Demandante al momento de hacer su inversión	126
3.	El comportamiento de la Demandada	128
a)	Las modificaciones del artículo 98 del RLGE.....	128
b)	Las supuestas manipulaciones de los Términos de Referencia por parte de la CNEE y la supuesta falta de colaboración de la CNEE en el proceso de revisión tarifaria	131
c)	La decisión de la CNEE de disolver la Comisión Pericial.....	134
d)	El rechazo por parte de la CNEE del informe de la Comisión Pericial y la decisión de determinar las tarifas según los estudios del VAD de su propia consultora	135
e)	La supuesta represalia de Guatemala contra EEGSA	146
IX.	DAÑOS.....	147
1.	Base del cálculo y elementos de cálculo.....	148
a)	Base del cálculo.....	148
b)	El VNR.....	149
c)	El FRC.....	150
d)	Los gastos de capital.....	150
2.	Las pérdidas históricas.....	151
3.	La pérdida de valor de EEGSA.....	152
4.	Los intereses	155
X.	LOS COSTOS.....	157
	DECISIÓN	159

GLOSARIO DE ABREVIATURAS Y TÉRMINOS EMPLEADOS

Bates White: Bates White, LLC.

CAFTA-RD: Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CNEE: Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Contratos de Autorización: Contrato de Autorización para la distribución de electricidad en los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla del 15 de mayo de 1998 y Contrato de Autorización para la distribución de electricidad en los departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa del 2 de febrero de 1999.

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

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

DECA I: Distribución Eléctrica Centroamericana S.A.

DECA II: Distribución Eléctrica Centroamericana Dos S.A.

DEOCSA: Distribuidora de Electricidad de Occidente S.A.

DEORSA: Distribuidora de Electricidad de Oriente S.A.

DFC: Descuento de Flujos de Caja (método de valoración).

EDP: Electricidade de Portugal S.A.

EEGSA: Empresa Eléctrica de Guatemala S.A.

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

FRC: Factor de Recuperación de Capital.

Iberdrola: Iberdrola Energía S.A.

INDE: Instituto Nacional de Electrificación.

Informe PW: El informe preparado por Pricewaterhouse el 11 de enero de 1991 sobre la privatización de EEGSA.

LGE: Ley General de Electricidad.

MEM: Ministerio de Energía y Minas de Guatemala.

Memorándum de Venta: Memorándum informativo de venta de EEGSA elaborado por *Salomon Smith Barney*, 1998.

Memorándum Preliminar: Memorándum preliminar informativo sobre la venta de EEGSA elaborado por *Salomon Smith Barney* en abril de 1998.

Minutas de la primera sesión: Acta elaborada sobre los acuerdos alcanzados entre las Partes y el Tribunal Arbitral durante la primera sesión del Tribunal Arbitral, celebrada el 23 de mayo de 2011.

NERA: NERA Economic Consulting S.A.

PA Consulting: PA Consulting Services S.A.

Partes: Conjuntamente el Demandante y la Demandada.

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

Reglas de Arbitraje: Reglas de Arbitraje del CIADI.

RLGE: Reglamento de la LGE, Acuerdo Gubernativo 256-97 del 21 de marzo de 1997, con sus sucesivas modificaciones.

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

TECO Energy Inc.: La sociedad matriz del grupo Teco en el área de energía.

Teco o el Demandante: Teco Guatemala Holdings, LLC.

Términos de Referencia: Términos de Referencia para la realización del Estudio del VAD para EEGSA en el período 2008-13. Resolución CNEE 13680-2007, del 30 de abril de 2007,

modificada por las Resoluciones 124-2007 del 9 de octubre de 2007 y 5-2008 del 17 de enero de 2008.

TIR: Tasa interna de retorno

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

TPS: Teco Power Service Corporation de Ultramar Guatemala S.A.

USAID: Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.

VAD: Valor Agregado de Distribución.

Valor actual: Se utiliza para referirse a la valoración de EEGSA en las condiciones reales en las que se vendieron sus acciones a EPM en octubre de 2010.

Valor contrafáctico: Se utiliza para referirse a la valoración de EEGSA en el supuesto de que la CNEE hubiese implementado las decisiones de la Comisión Pericial para corregir el Estudio del VAD de EEGSA en 2008.

VNR: Valor Nuevo de Reemplazo.

I. LAS PARTES

A. El Demandante

1. Teco Guatemala Holdings, LLC, el demandante en este arbitraje (“**Teco**” o el “**Demandante**”) es una sociedad de responsabilidad limitada constituida según las leyes del estado de Delaware en los Estados Unidos de América en el año 2005.
2. Teco es una filial enteramente propiedad de *TECO Energy Inc.* (“**TECO ENERGY**”), una compañía matriz constituida según las leyes del estado de Florida, Estados Unidos de América.
3. En 1998, otra sociedad filial del grupo **TECO ENERGY**, constituida en las Islas Caimán y llamada Teco Power Service Corporation de Ultramar Guatemala S.A (“**TPS**”), constituyó, junto con Iberdrola Energía S.A. y Electricidade de Portugal S.A. (“**EDP**”), la sociedad guatemalteca Distribución Eléctrica Centroamericana S.A. (“**DECA I**”), y a través de esta última adquirieron el 80% del capital de Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (“**EEGSA**”).
4. EEGSA es una compañía guatemalteca dedicada a la distribución de electricidad. A través del Acuerdo Ministerial OM-158-98 del 2 de abril de 1998 y del Contrato de Autorización del 15 de mayo de 1998, el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala (“**MEM**”) otorgó a EEGSA una autorización de 50 años de duración para distribuir electricidad en los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla. Luego de la privatización de EEGSA, sobre la base del Acuerdo Ministerial OM-32-99 del 11 de enero de 1999 y de un Contrato de Autorización del 2 de febrero de 1999, el MEM también acordó a EEGSA una autorización de 50 años para distribuir electricidad en los departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa.
5. En agosto de 1999 DECA I fue absorbida por EEGSA, y se creó otra sociedad guatemalteca llamada Distribución Eléctrica Centroamericana Dos S.A. (“**DECA II**”), que pasó a ser la tenedora del 80% del capital de EEGSA.
6. TPS tenía una participación de 30% en el capital de DECA II; el resto del capital de dicha empresa pertenecía en un 49% a Iberdrola y en un 21% a EDP.
7. Las acciones de TPS en DECA II fueron sucesivamente transferidas dentro del grupo **TECO ENERGY**, en 2004, a otra empresa subsidiaria llamada TWG Non-Merchant Inc., que luego cambió su denominación por **TECO Guatemala Inc.** En el año 2005, las acciones en DECA II, de propiedad de **TECO Guatemala Inc.**, se transfirieron al Demandante.

8. En 2010, DECA II vendió sus acciones en EEGSA a la empresa colombiana Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (“**EPM**”).
9. Teco está representado en este procedimiento por:
Andrea J. Menaker
Jaime M. Crowe
Petr Polášek
Kristen M. Young
White & Case LLP
701 Thirteenth Street NW
Washington, DC 20005-3807, EE. UU.
Tel. +1 202 626 3600
Phil Barringer
Javier Cuebas
Teco Guatemala Holdings LLC
702 North Franklin Street
Tampa, FL 33602, EE. UU.

B. La Demandada

10. La República de Guatemala (“**Guatemala**” o la “**Demandada**”) es la Demandada en este arbitraje. Guatemala está representada en este procedimiento por:
Dr. Vladimir Aguilar
Procuraduría de la República de Guatemala
Sr. Sergio de la Torre Gimeno
Sra. María Luisa Flores
Sr. Alexander Cutz Calderón
Sr. Romeo López Gutiérrez
Ministerio de Integración y Comercio Exterior
Ministerio de Economía
Ciudad de Guatemala
Guatemala
Alejandro Arenales
Alfredo Skinner-Klée
Rodolfo Salazar
Arenales & Skinner Klée

3.^a calle 2-60 Zona 10, 01010
Edificio Topacio Azul, Of. 701
Ciudad de Guatemala, Guatemala, C.A.
Tel. (+1 502) 2386-9300
Nigel Blackaby
Lluís Paradell
Noiana Marigo
Jean Paul Deschamps
Lauren Friedman
Michelle Grandó
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
701 Pennsylvania Avenue NW
Suite 600
Washington, DC 20004, EE. UU.
Tel. (+1 202) 7774-519

11. El Tribunal Arbitral se referirá conjuntamente al Demandante y a la Demandada como a “las **Partes**”.

II. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

12. El consentimiento de la República de Guatemala al arbitraje se encuentra previsto en el artículo 10.17.1 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (“**CAFTA-RD**”), el cual reza:

“Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado”.

13. Los apartados 2 y 3 del artículo 10.16 del CAFTA-RD, titulado “Sometimientó de una Reclamación a Arbitraje” prevén:

“2. Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”) [...].

3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI [...].”

14. El artículo 10.18 del CAFTA-RD prevé:

“Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños.

2. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

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

(b) la notificación de arbitraje se acompañe,

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), y

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b) de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

3. No obstante el párrafo 2(b), el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) podrán iniciar o continuar una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje”.

15. El Demandante consintió expresamente al arbitraje a través de la presentación de su Solicitud de Arbitraje de fecha 20 de octubre de 2010 (la “**Solicitud de Arbitraje**”) y cumplió con todos los requisitos establecidos en el CAFTA-RD para impulsar este arbitraje¹.
16. De acuerdo con el artículo 10.18.2(b) del CAFTA-DR, Teco también ha renunciado a sus derechos de iniciar o continuar, ante cualquier tribunal administrativo o judicial de cualquiera de las jurisdicciones de las Partes, procedimientos dirigidos a buscar compensaciones respecto de cualquier medida que pudiera constituir una violación de acuerdo con el artículo 10.16 del CAFTA-RD².
17. Es incontrovertido que se cumplió el requisito de la notificación del aviso de intención por parte del Demandante, que transcurrieron más de seis meses desde que ocurrieron los hechos que motivaron la reclamación y que se cumplió el requisito de consentimiento por escrito de las Partes al arbitraje.

III. HISTORIA PROCESAL

18. El 13 de enero de 2009, el Demandante presentó a Guatemala una carta de intención, según lo dispuesto en el artículo 10.16.2 del CAFTA-RD.
19. El 20 de octubre de 2010, el Demandante presentó la Solicitud de arbitraje ante la Secretaría del CIADI, de acuerdo con el artículo 36 del Convenio del CIADI.
20. El 23 de noviembre de 2010, la secretaria general del CIADI registró la Solicitud de arbitraje del Demandante.

¹ Anexo 3 de la Solicitud de Arbitraje.

² Anexo 4 de la Solicitud de Arbitraje.

21. El 11 de febrero de 2011 se constituyó el Tribunal Arbitral, conformado por el profesor William W. Park, nombrado por el Demandante, el profesor Rodrigo Oreamuno, nombrado por la Demandada, y el Sr. Alexis Mourre, nombrado conjuntamente por las Partes como presidente del Tribunal Arbitral.
22. El 30 de marzo de 2011, luego de que el Demandante presentara un pedido de recusación, el profesor Oreamuno renunció a formar parte del Tribunal Arbitral. Ese mismo día, el Secretario General del CIADI notificó a las Partes, según el artículo 10(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje**”), que el procedimiento se mantendría suspendido de acuerdo con el artículo 10(2) de las Reglas de Arbitraje.
23. El día 5 de abril de 2011, la Demandada nombró como árbitro al Dr. Claus von Wobeser, y el Demandante no formuló objeciones a dicho nombramiento, así que el 21 de abril de 2011, el Tribunal Arbitral fue reconstituido, ahora integrado por los siguientes miembros: el profesor William W. Park, el Dr. Claus von Wobeser, y el Sr. Alexis Mourre.
24. El 23 de mayo de 2011, de acuerdo con el artículo 13(1) de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal Arbitral celebró la primera sesión con las Partes, mediante conferencia telefónica. Dicha sesión fue grabada y el Tribunal Arbitral preparó unas minutas de las mismas (“**Minutas de la primera sesión**”), las cuales fueron comunicadas a las Partes el día 14 de junio de 2011.
25. En las Minutas de la primera sesión se registró el acuerdo de las Partes sobre las reglas aplicables al arbitraje, así como un calendario procesal provisional. En las Minutas de la primera sesión también se registró que las Partes acordaron que el Tribunal Arbitral había sido apropiadamente constituido y que no tenían objeciones respecto del nombramiento de sus miembros.
26. El 23 de septiembre de 2011, el Demandante presentó su memorial de demanda (la “**Demanda**”), junto con los anexos fácticos **C-1 a C-418**, los anexos legales **CL-1 a CL-56**, las declaraciones testimoniales de Carlos Manuel Bastos (**CWS-1**), Sandra W. Callahan (**CWS-2**), Miguel Francisco Calleja Mediano (**CWS-3**), Leonardo Giacchino (**CWS-4**), Gordon L. Gillette (**CWS-5**) y Luis Maté (**CWS-6**), y los informes periciales de Rodolfo Alegría Toruño (**CER-1**) y Brent C. Kaczmarek (**CER-2**).
27. El 25 de octubre de 2011, la Demandada confirmó que presentaría objeciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, pero que consideraba más eficaz que se trataran

dichas objeciones de manera conjunta con el fondo. La Demandada propuso, por tanto, el siguiente calendario procesal, el cual fue aceptado por el Demandante y adoptado por el Tribunal Arbitral:

- “1. El memorial sobre jurisdicción y contestación sobre el fondo de la Demandada será presentado el 24 de enero de 2012.*
- 2. El memorial de contestación sobre jurisdicción y réplica sobre el fondo del Demandante será presentado el 24 de mayo de 2012.*
- 3. El memorial de dúplica sobre el fondo y la jurisdicción de la Demandada se presentará el 24 de septiembre de 2012”³.*

28. El 16 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral dictó su resolución procesal n.º 1, sobre ciertas solicitudes de exhibición de documentos presentadas por la Demandada.
29. El 24 de enero de 2012, la Demandada presentó su memorial de jurisdicción y admisibilidad y de contestación de demanda (la “**Contestación**”), junto con los anexos fácticos **R-1** a **R-162**, los anexos legales **RL-1** a **RL-17**, las declaraciones testimoniales de Carlos Eduardo Colóm Bickford (**RWS-1**), Enrique Moller Hernández (**RWS-2**), Alejandro Alberto Arnau Sarmiento, Mariana Álvarez Guerrero y Edgardo Leandro Torres (Mercados Energéticos) (**RWS-3**), y los informes periciales de Manuel A. Abdala y Marcelo A. Schoeters (**RER-1**), Mario C. Damonte (**RER-2**) y Juan Luis Aguilar Salguero (**RER-3**).
30. El 31 de enero de 2012, el Demandante solicitó al Tribunal Arbitral que se excluyeran los anexos R-102, R-140, R-149, R-150 y R-151 y solicitó que la Demandada presentara de nuevo su Contestación sin las referencias hechas a dichos anexos.
31. El 2 de febrero de 2012, el Demandante solicitó que se modificara el apartado 10.3 de las Minutas de la primera sesión. El 3 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral pidió a las Partes buscar alcanzar un acuerdo al respecto.
32. El 9 de febrero de 2012, las Partes acordaron modificar el apartado 10.3 de las Minutas de la primera sesión, relativo a la obligación de traducir los documentos, mediante el reemplazo de la frase “*incluyendo decisiones CIADF*” por la frase “*salvo por las decisiones internacionales CIADI u otras*”.
33. El 10 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral emitió una decisión sobre la solicitud de excluir documentos presentada por el Demandante el día 31 de enero de 2012. El

³ Correo de la Demandada al Tribunal Arbitral del 25 de octubre de 2011.

Tribunal Arbitral rechazó que se excluyeran del expediente los anexos R-102, R-149, R-150 y R-151, pues se relacionaban con personas que habían presentado declaraciones testimoniales en el arbitraje. Respecto del anexo R-140, el Tribunal Arbitral lo excluyó del expediente, pero dio una oportunidad a la parte Demandada para sustituirlo por un documento que únicamente incluyera extractos de la declaración que el Sr. Bastos realizó en el arbitraje Iberdrola.

34. El 21 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral dictó la resolución procesal n.º 2 sobre las solicitudes de exhibición de documentos hechas por el Demandante.
35. El 28 de marzo de 2012, el Demandante solicitó al Tribunal Arbitral que ordenara a la Demandada exhibir una versión sin tachas del documento G3-25, que fue exhibido por la Demandada en respuesta a la solicitud de exhibición del Demandante.
36. El 30 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral ordenó a las Partes conferenciar e intentar llegar a un acuerdo respecto del plazo de presentación de los escritos de las partes no contendientes.
37. El 4 de abril de 2012, la Demandada comunicó al Tribunal Arbitral que accedía a exhibir una copia sin tachas del documento G3-25, aunque señaló que dicha exhibición no implicaba una renuncia al privilegio de las comunicaciones entre la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) y sus asesores legales internos o externos.
38. El 9 de abril de 2012, las Partes acordaron que el plazo límite para la presentación de los escritos de las partes no contendientes sería el 8 de octubre de 2012.
39. El 11 de abril de 2012, la Demandada confirmó haber exhibido todos los documentos ordenados por el Tribunal Arbitral en su resolución procesal n.º 2.
40. El 12 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral tomó nota del acuerdo de las Partes sobre el plazo límite para las presentaciones de los escritos de las partes no contendientes. La Secretaría del CIADI comunicó dicho plazo límite a las partes no contendientes el 18 de abril de 2012.
41. El 24 de mayo de 2012, el Demandante presentó su escrito de réplica (la “**Réplica**”), junto con los anexos fácticos **C-419** a **C-594**, los anexos legales **CL-57** a **CL-80**, las declaraciones testimoniales complementarias de Carlos Manuel Bastos (**CWS-7**), Sandra W. Callahan (**CWS-8**), Miguel Francisco Calleja Mediano (**CWS-9**), Leonardo Giacchino (**CWS-10**), Gordon L. Guillette (**CWS-11**) y Luis –Maté (**CWS-12**), y los informes periciales complementarios de Rodolfo Alegría Toruño

(**CER-3**), Fernando Barrera Rey y Carlos Fernando Barrientos (**CER-4**) y Brent C. Kaczmarek (**CER-5**).

42. El 24 de septiembre de 2012, la Demandada presentó su memorial de dúplica (la “**Dúplica**”), junto con los anexos fácticos **R-163** a **R-208**, los anexos legales **RL-18** a **RL-32**, las declaraciones testimoniales adicionales de Carlos Eduardo Colom Bickford (**RWS-4**) y Enrique Moller Hernández (**RWS-5**), y los informes periciales de Manuel Abdala y Marcelo A. Schoeters (**RER-4**), Mario C. Damonte (**RER-5**) y Juan Luis Aguilar Salguero (**RER-6**).
43. El 27 de septiembre de 2012, el Demandante se quejó de que la Demandada se había referido en su escrito de Dúplica a aspectos de jurisdicción, al tiempo que se había acordado en las Minutas de la primera sesión que la Dúplica únicamente se referiría al fondo. El Demandante solicitó, por tanto, que se le diera una oportunidad para contestar a dichas alegaciones sobre jurisdicción.
44. El 1 de octubre de 2012, el Tribunal Arbitral invitó a las Partes a que “*se pusieran de acuerdo sobre la organización y agenda de las audiencias*” y les informó que el Tribunal Arbitral celebraría “*una conferencia telefónica previa a la audiencia el martes 11 de diciembre de 2012*”⁴.
45. Ese mismo día, la Demandada accedió a que el Demandante respondiera a los alegatos sobre jurisdicción antes del día 9 de noviembre de 2012.
46. El día 5 de octubre de 2012, los Gobiernos de la República Dominicana y de la República de El Salvador presentaron un escrito de parte no contendiente según el artículo 10.20.2 del CAFTA-RD. El mismo día, el Tribunal otorgó una extensión del plazo hasta el 23 de noviembre de 2012 para que las demás partes no contendientes pudieran presentar sus escritos.
47. El 12 de octubre de 2012, el Demandante solicitó que se excluyeran del expediente los anexos R-189, R-191, R-193, R-194, R-195, R-197, R-200 y R-202, así como toda referencia que se hiciera a ellos en el Memorial de Dúplica o en otros documentos.
48. El 19 de octubre de 2012, la Demandada objetó dicha solicitud.
49. El 23 de octubre⁵ de 2012, el Tribunal Arbitral decidió excluir del expediente los anexos R-189, R-191, R-193, R-194, R-195, R-197, R-200 y R-202, salvo por las partes del documento R-202 relativas a la evidencia de peritos y testigos del

⁴ Mensaje del Tribunal Arbitral a las Partes del 1 de octubre de 2012.

⁵ La carta de la Secretaría del CIADI fue incorrectamente fechada el 15 de octubre de 2012.

Demandante a quienes la Demandada haya decidido conainterrogar. El Tribunal Arbitral también ordenó a la Demandada excluir cualquier referencia a dichos documentos en la Dúplica u otros documentos anexos.

50. El 2 de noviembre de 2012, las Partes presentaron al Tribunal Arbitral sus propuestas para la organización de las audiencias de prueba.
51. El 6 de noviembre de 2012, la Demandada presentó su escrito de Dúplica sin las referencias a los anexos excluidos.
52. El 8 de noviembre de 2012, el Demandante solicitó al Tribunal Arbitral que se excluyeran del expediente la declaración testimonial RWS-3 y el anexo R-103, ya que sus autores no estarían disponibles para ser conainterrogados durante las audiencias.
53. El 9 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral comunicó a las Partes sus decisiones relativas a la organización de las audiencias de prueba.
54. Ese mismo día, el Demandante presentó su escrito de dúplica sobre jurisdicción y admisibilidad (“**Dúplica sobre Jurisdicción**”).
55. El 15 de noviembre de 2012, la República de Honduras presentó ante el CIADI su escrito de parte no contendiente.
56. El 19 de noviembre de 2012, la Demandada contestó a la solicitud del Demandante, de fecha 8 de noviembre de 2012, de excluir determinados documentos del expediente.
57. El 20 de noviembre de 2012, la Demandada presentó la tercera declaración testimonial de Carlos Eduardo Colom Bickford (RWS-6) y los anexos R-209 a R-211.
58. El 21 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral decidió excluir del expediente⁶ la declaración RWS-3 y admitió la presentación del anexo R-103 como prueba documental.
59. El 23 de noviembre de 2012, los Estados Unidos de América presentaron un escrito de parte no contendiente.
60. El 30 de noviembre de 2012, las Partes presentaron la siguiente lista de testigos y expertos para el conainterrogatorio:

Testigos del Demandante:

Gordon L. Gillette

⁶ De acuerdo con lo previsto en las Minutas de la primera sesión, artículo 15, penúltimo apartado.

Sandra W. Callahan
Miguel Francisco Calleja Mediano
Luis Maté
Leonardo Giacchino
Carlos Manuel Bastos

Testigos de la Demandada:

Enrique Moller Hernández
Carlos Eduardo Colom Bickford

Expertos:

Rodolfo Alegría Toruño
Juan Luis Aguilar Salguero
Fernando Barrera-Rey
Mario C. Damonte
Brent C. Kaczmarek
Manuel A. Abdala

61. El 10 de diciembre de 2012, según lo permitido por el Tribunal Arbitral en su carta del 9 de noviembre de 2012, las Partes presentaron nuevos documentos para ser utilizados durante las audiencias. El Demandante presentó los anexos **C-595** a **C-620**, y la Demandada, los anexos **R-212** a **R-226**.
62. El 11 de diciembre de 2012 se llevó a cabo una conferencia telefónica previa a la audiencia entre el Tribunal Arbitral y las Partes.
63. El 21 de diciembre de 2012, las Partes presentaron nuevos documentos adicionales, de acuerdo con la orden del Tribunal Arbitral del 9 de noviembre de 2012. El Demandante presentó los anexos **C-621** a **C-625**, y la Demandada presentó los anexos **R-227** a **R-233**.
64. La audiencia de prueba se llevó a cabo los días 21 y 22 de enero de 2013 en la ciudad de Nueva York, y fueron interrogados y contrainterrogados los siguientes testigos del Demandante: Gordon L. Gillette, Sandra W. Callahan y Miguel Francisco Calleja.
65. El día 1 de marzo de 2013 se llevó a cabo por videoconferencia el interrogatorio y contrainterrogatorio del testigo del Demandante Carlos Manuel Bastos.
66. Los días 8 y 9 de marzo de 2013, se llevó a cabo la continuación de las audiencias de prueba en las oficinas del CIADI en Washington, DC. Fueron interrogados los testigos presentados por las Partes: Leonardo Giacchino, Enrique Moller y Carlos Colom Bickford, así como los peritos Rodolfo Alegría Toruño, Juan Luis Aguilar

Salguero, Fernando Barrera Rey, Mario C. Damonte, Brent A. Kaczmarek y Manuel A. Abdala.

67. Al final de la audiencia de prueba, el Tribunal Arbitral solicitó a las Partes que se consultaran y acordaran sobre el calendario y la forma de los escritos posteriores a la audiencia, y les preguntó si tenían alguna queja en relación con la forma en la cual se había conducido el arbitraje, a lo que ambas Partes contestaron no tener queja alguna.
68. El 18 de marzo de 2013, las Partes comunicaron al Tribunal Arbitral no haber podido llegar a un acuerdo sobre el calendario y la forma de sus escritos posteriores a la audiencia.
69. El 22 de marzo de 2013, el Tribunal Arbitral decidió que las Partes presentarían dos rondas simultáneas de escritos posteriores a la audiencia. El Tribunal Arbitral no fijó límite a la extensión, pero *“invitó a las Partes para que hicieran sus mejores esfuerzos para contener el volumen de sus escritos, los cuales no deben ser duplicativos de los escritos existentes de las Partes”*⁷.
70. En la misma comunicación, el Tribunal Arbitral también otorgó a las Partes un plazo hasta el 5 de julio de 2013 para presentar de manera simultánea sus reclamaciones sobre costas, y hasta el 19 de julio de 2013 para presentar eventuales réplicas a las reclamaciones de costas de la contraparte.
71. El 10 de junio de 2013, cada parte presentó su escrito posterior a la audiencia. El Demandante también presentó los anexos fácticos **C-626 a C-629**.
72. El 18 de junio de 2013, el Demandante solicitó al Tribunal Arbitral que excluyera cierta información sobre el arbitraje Iberdrola del escrito posterior a la audiencia de la Demandada. El 26 de junio de 2013, la Demandada objetó dicha solicitud.
73. El 25 de junio de 2013, las Partes solicitaron al Tribunal Arbitral que modifique el calendario procesal de las futuras presentaciones de la siguiente manera: Escrito de Réplica posterior a la Audiencia, el 8 de julio de 2013; escritos sobre las costas, el 24 de julio de 2013; escritos de réplica sobre las costas, el 7 de agosto de 2013. Ese mismo día, el Tribunal Arbitral aceptó la solicitud de las Partes.
74. El 27 de junio de 2013, el Tribunal Arbitral decidió que no tomaría en cuenta los párrafos 10, 152 y 155, así como la nota al pie 18 del Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada. Sin embargo, a fines prácticos, el Tribunal Arbitral no solicitó que la Demandada presentara de nuevo su escrito posterior a la audiencia. El Tribunal

⁷ Carta del Tribunal Arbitral a las Partes del 22 de marzo de 2013.

Arbitral también les recordó a las Partes que “resolverá este caso en función de las pruebas escritas y orales directas producidas en el mismo y que no se tomarán en consideración los escritos presentados por las partes o las transcripciones del arbitraje de Iberdrola, excepto, naturalmente, con el alcance limitado identificado en las cartas del Tribunal de fecha 10 de febrero y 15 de octubre de 2012”.

75. El 8 de julio de 2013, cada parte presentó su escrito de réplica posterior a la audiencia.
76. El 24 de julio de 2013, las Partes presentaron simultáneamente sus reclamaciones sobre gastos y costas de arbitraje.
77. El 7 de agosto de 2013, las Partes presentaron simultáneamente sus réplicas sobre costos. La Demandada presentó un reclamo actualizado de gastos el 18 de noviembre de 2013, a fin de que se tome en cuenta el pago del tercer adelanto de gastos solicitado por el CIADI en su carta del 7 de agosto de 2013.
78. El 12 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral declaró la clausura del procedimiento de acuerdo con el artículo 38 de las Reglas de Arbitraje.

IV. RESUMEN DE LOS HECHOS

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

A. Antecedentes sobre el sistema eléctrico de Guatemala

80. A finales de la década de 1980, el sector eléctrico público de Guatemala enfrentaba una serie de dificultades debido a la insuficiente capacidad de generación⁸.
81. En aquel momento, la generación de electricidad en Guatemala estaba bajo el control de Instituto Nacional de Electrificación (“INDE”), una entidad estatal que había sido creada por decreto en 1959 para planificar, proyectar, construir y aportar financiamiento a las obras e instalaciones y atender a las necesidades de energía eléctrica del país⁹, mientras que de la distribución se encargaban Empresa Eléctrica

⁸ Demanda, §§ 11 y ss.; Contestación, §§ 138 y ss.

⁹ Anexos R-1, C-19, y C-323.

de Guatemala S.A. (“**EEGSA**”)¹⁰, Distribuidora Eléctrica de Occidente S.A. (“**DEOCSA**”) y Distribuidora Eléctrica de Oriente (“**DEORSA**”)¹¹, todas sociedades públicas. EEGSA, si bien había sido originalmente una empresa privada dedicada a la generación de energía, en 1977 pasó a formar parte del sistema gubernamental de electricidad bajo el control del MEM¹². En 1983, el MEM transfirió su participación en EEGSA al INDE¹³.

82. Las causas de las dificultades en las cuales se encontraba el sector se debían, por un lado, al hecho de que el INDE ejercía un doble rol, de regulador y de operador, careciendo de incentivos para operar de manera eficiente, y por otro lado, a factores exógenos como condiciones climáticas desfavorables, la crisis del petróleo de la década de 1970, la depreciación de la moneda guatemalteca y la crisis de endeudamiento del país. Estas circunstancias restringieron la posibilidad de que el INDE pudiera llevar a cabo las inversiones necesarias¹⁴.
83. En vista de lo anterior, Guatemala consideró la posibilidad de privatizar ciertos activos del sector, y, en 1990, el presidente de Guatemala, Jorge Serrano, encomendó a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (“**USAID**”) un estudio de las opciones posibles para la privatización de EEGSA¹⁵. El 11 de enero de 1991 Guatemala obtuvo un informe elaborado por Pricewaterhouse entre septiembre y noviembre de 1990 (el “**Informe PW**”)¹⁶.
84. El Informe PW concluyó que, en aquel entonces, era demasiado temprano para privatizar EEGSA, debido principalmente a cuatro factores:

- *“No se ha abordado el problema básico del subsidio. — Los problemas del subsidio en el sector eléctrico, si bien son grandes, no parecen ser lo suficientemente críticos como para apresurar una venta de EEGSA. Esto es particularmente cierto porque EEGSA es un operador relativamente eficiente en comparación con INDE, y el privatizar EEGSA no solventa el problema básico del subsidio que todavía estaría presente en las tarifas eléctricas de INDE.*

¹⁰ En la época, EEGSA prestaba principalmente servicios de distribución en la región central de Guatemala, los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, que sumaban el 80% del consumo eléctrico del país.

¹¹ Contestación, § 41; Declaración RWS-1, § 31.

¹² Informe CER-1, § 8. El 91,7% de las acciones de EEGSA fueron adquiridas por el Gobierno de Guatemala al expirar el término de la concesión que había sido acordada en 1922.

¹³ Demanda, nota al pie 13, Informe CER-1.

¹⁴ Informe CER-1; Anexo C-19.

¹⁵ Informe CER-2, § 28.

¹⁶ Anexo C-7.

- *No se han establecido mecanismos regulatorios. — La falta de mecanismos regulatorios apropiados podrían llevar a un precio monopólico y a aumentos de tarifa agudos si EEGSA se privatizara en estos momentos.*
 - *Los ingresos estimados de la venta de EEGSA son bajos. — La situación económica actual, con alta inflación, altos intereses y problemas de tipo de cambio, hacen de este momento uno pobre para privatizar, debido a los muy bajos valores que EEGSA probablemente obtenga bajo dichas condiciones. El interés limitado de inversionistas extranjeros y la falta de un mercado de valores local también reduce el valor de EEGSA para inversionistas.*
 - *EEGSA e INDE en la actualidad son demasiado interdependientes. — La relación estrecha e interdependencia entre EEGSA e INDE tendría que reestructurarse para eliminar la mayoría de los subsidios y para establecer contratos de compraventa de energía antes de cualquier privatización. Se requeriría un mayor análisis para examinar el futuro del sistema eléctrico guatemalteco entero, incluyendo INDE y las otras empresas de distribución eléctrica”¹⁷.*
85. El Informe PW también estimó el valor nominal de las acciones de EEGSA en aquel momento en US\$59,6 millones y el valor basado en sus flujos de caja en aproximadamente US\$13,9 millones¹⁸.
86. Entre 1991 y 1993, Guatemala aumentó sus tarifas de electricidad para reducir la necesidad de contar con subsidios estatales¹⁹ y, en 1992, empezó a reorganizar el INDE y a reducir su participación en la generación de electricidad para permitir la entrada de actores privados en la generación de energía²⁰.
87. En 1993, el Gobierno de Guatemala encomendó, a través de la USAID, a la empresa chilena Synex Ingenieros Consultores Ltda. (“**Synex**”) la elaboración de un informe para definir el marco legal y regulatorio necesario para lograr los objetivos de desmonopolizar, descentralizar y abrir a la participación privada el sector eléctrico de Guatemala.
88. El informe de Synex (“**Informe Synex**”) fue presentado en junio de 1993.
89. Los autores del informe, los ingenieros Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux, señalaron la “*necesidad de contar con reglas de juego claras para el*

¹⁷ Anexo C-7, Resumen.

¹⁸ Anexo C-7, p. 26.

¹⁹ Demanda, § 18; Anexo C-10.

²⁰ Informe CER-2, § 30; Anexo C-61.

funcionamiento y desarrollo del sector, en especial respecto de las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras [...]. Esto implica definir los derechos, las obligaciones y los límites de los actores que participan en la industria, incluido el propio Gobierno. Parece absoluta la necesidad de un cuerpo normativo general que regule el funcionamiento del sector eléctrico, aún más, si los objetivos declarados son la desaparición del papel directivo y normativo del INDE, la descentralización empresarial del sector y el libre acceso de los inversores a la producción, el transporte y la distribución eléctrica. La experiencia demuestra, paradójicamente, que el funcionamiento de esquemas descentralizados y competitivos exige definiciones precisas sobre los derechos y las obligaciones de cada una de las partes si lo que se busca es evitar condiciones caóticas en el funcionamiento y el desarrollo de la industria. La actual legislación de Guatemala es [...] absolutamente insuficiente: obstruirá la participación de los inversores privados externos en la generación y distribución competitivas”²¹.

90. Además, al existir un aparente consenso entre los actores del sector respecto del mal funcionamiento de organismos regulatorios en la industria de la energía eléctrica, Guatemala necesitaba “*normas objetivas que definan los derechos y las obligaciones de las partes a fin de prevenir la intervención arbitraria de las entidades regulatorias*”²². Los autores señalaron que “*sería posible minimizar la intervención de un organismo regulatorio en los temas más sensibles a la regulación, como la regulación de los precios en los segmentos con características de naturaleza monopólica: la transmisión y la distribución*”, y para ello sugirieron la “*intervención específica, [...] cada 5 ó 10 años de una entidad gubernamental ad-hoc de nivel superior, por ejemplo un Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas, a los efectos de supervisar un estudio de tarifas externo encargado por los concesionarios y realizado por cualquier consultora prestigiosa. La función regulatoria permanente se limitaría a controlar el cumplimiento de la ley en cuestiones tales como la seguridad de las instalaciones [...], aunque la resolución de las cuestiones en conflicto pueda ser sometida a tribunales arbitrales designados por las partes*”²³.

²¹ Informe Synex, p. 33 (Anexo C-9).

²² *Ibid.*, p. 34.

²³ *Ibid.*

91. El 7 de diciembre de 1994, el Congreso de la República de Guatemala dictó el Decreto 64-94, mediante el cual se derogó la ley de creación del INDE y se aprobaron modificaciones destinadas a desmonopolizar la generación eléctrica y a liberalizar parcialmente el sector de la electricidad²⁴. El artículo 50 de la Ley Orgánica del INDE previó que, en un plazo máximo de seis meses, se debería presentar al Congreso una propuesta global de reforma del sector.
92. Los ingenieros Bernstein y Descazeaux redactaron entonces el proyecto de la nueva Ley General de Electricidad y su reglamentación (el “**Proyecto LGE**”), cuya versión final fue presentada el 4 de abril de 1995²⁵.
93. En el preámbulo de presentación del Proyecto LGE, los autores declaraban que la ley “*debía adecuarse a los objetivos de desconcentración y desmonopolización definidos por el Gobierno y por una gran cantidad de estamentos sociales y políticos del país, y crear las condiciones para atraer inversión privada en generación, transmisión y distribución de electricidad*”, y señalaron que, al elaborar el proyecto, se dio particular énfasis “*a la necesidad de establecer regulaciones transparentes y objetivas para aquellas actividades con características de monopolio natural, tales como la transmisión y la distribución*”²⁶.
94. El 19 de septiembre de 1996, la Comisión de Energía y Minas del Congreso emitió un dictamen en el que recomendaba al Congreso la aprobación del Proyecto LGE. En su dictamen, la Comisión de Energía y Minas indicó que los objetivos de la LGE eran “*el establecimiento de un marco legal de aplicación general que proporcione certeza jurídica a la inversión pública y privada en el subsector, como condición básica para la obtención de financiamientos de entes internacionales de crédito y de capitales nacionales, que es precisamente lo que se busca incentivar en condiciones de igualdad y competitividad de tal manera que puedan asegurarse los máximos beneficios de calidad y precio del servicio de electricidad a los usuarios y la urgencia de llevar el servicio a la mayoría de la población —70% aproximadamente— que hoy carece de tal servicio [...]*”. También se incluía como objetivos de la LGE la “*desmonopolización y despolitización a las actividades del subsector, al crear los entes y las instancias que regulan y evitan las injerencias políticas que tantas distorsiones y perjuicios han causado, y pueden causar, si no se*

²⁴ Anexo C-397.

²⁵ Anexo C-13.

²⁶ *Ibid.*

establece [sic] disposiciones legales claras y de aplicación general que es lo que pretende precisamente esta ley, buscando ante todo el bien común”²⁷.

B. El nuevo marco regulatorio

95. El 16 de octubre de 1996, mediante el Decreto 93-96, el Congreso de Guatemala sancionó la Ley General de Electricidad (“LGE”), la cual entró en vigencia el 15 de noviembre de 1996²⁸.

1. La Ley General de Electricidad

a) Creación de la CNEE

96. La LGE creó la CNEE, un órgano técnico dotado de independencia funcional y presupuestaria, para el ejercicio de sus atribuciones y funciones²⁹. La CNEE estaría integrada por tres miembros nombrados por el Ejecutivo cada cinco años de entre cada una de las ternas propuestas por los rectores de las universidades del país, el MEM y los agentes del mercado mayorista³⁰.

97. Las funciones de la CNEE establecidas en la LGE son las siguientes:

“a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, en materia de su competencia, e imponer las sanciones a los infractores;

b) Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas y discriminatorias;

c) Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas;

d) Dirimir las controversias que surjan entre los agentes del subsector eléctrico actuando como árbitro entre las partes cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo;

e) Emitir las normas técnicas relativas al subsector eléctrico y fiscalizar su cumplimiento en congruencia con prácticas internacionales aceptadas;

²⁷ Anexo C-15.

²⁸ Anexo C-17.

²⁹ LGE, art. 4; RLGE, art. 29.

³⁰ LGE, art. 5.

f) Emitir las disposiciones y normativas para garantizar el libre acceso y uso de las líneas de transmisión y redes de distribución, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley y su reglamento”³¹.

b) Base de cálculo de las tarifas

98. La LGE establece la regulación del régimen de precios en su título IV, y lo relativo a las tarifas aplicables a los consumidores finales de distribución final en el capítulo III de dicho título.

99. El artículo 71 de la LGE dispone lo siguiente:

“Las tarifas a consumidores finales de servicios de distribución final en sus componentes de potencia y energía, serán calculadas por la [CNEE] como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución y del Valor Agregado de Distribución -VAD- [...].

El VAD corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada”³².

100. En el artículo 71 de la LGE, se adoptó el sistema de “empresa modelo”, según el cual el VAD no retribuye a la distribuidora por sus costos reales, sino que se le remunera según los costos en los que hubiese incurrido una hipotética empresa eficiente³³.

101. Según el artículo 72 de la LGE, el VAD:

“[...] deberá contemplar al menos las siguientes componentes básicas:

a) Costos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía.

b) Pérdidas medias de distribución, separadas en sus componentes de potencia y energía.

c) Costos de capital, operación y mantenimiento asociados a la distribución, expresados por unidad de potencia suministrada”.

102. El artículo 73 de la LGE prevé que *“el costo de capital por unidad de potencia se calculará como la anualidad constante de costo de capital correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo (“VNR”) de una red de distribución dimensionada económicamente. La anualidad será calculada con la vida útil típica de*

³¹ LGE art. 4, (Anexo C-17).

³² LGE, art. 71 (Anexo C-17).

³³ Demanda, § 32; Contestación, § 146.

instalaciones de distribución y la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas. El costo de operación y mantenimiento corresponderá al de una gestión eficiente de la red de distribución de referencia”.

103. Al respecto, la LGE dispone, en su artículo 67, que *“la anualidad de la inversión será calculada sobre la base del Valor Nuevo de Reemplazo —VNR— de las instalaciones, óptimamente dimensionadas, considerando la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas y una vida útil de treinta (30) años. El Valor Nuevo de Reemplazo es el costo que tendría construir las obras y bienes físicos de la autorización, con la tecnología disponible en el mercado, para prestar el mismo servicio. El concepto de instalación económicamente adaptada implica reconocer en el Valor Nuevo de Reemplazo sólo aquellas instalaciones o partes de instalaciones que son económicamente justificadas para prestar el servicio que se requiere”*³⁴.
104. El artículo 76 de la LGE especifica que las *“tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”*³⁵.
105. El artículo 79 de la LGE se refiere a la tasa de actualización aplicable y dispone: *“La tasa de actualización a utilizar en la presente ley para la determinación de tarifas será igual a la tasa de costo del capital que determine la [CNEE], mediante estudios contratados con entidades privadas especialistas en la materia, debiendo reflejar la tasa de costo de capital para actividades de riesgo similar en el país. Se podrán usar tasas de costo de capital distintas para las actividades de transmisión y distribución. En cualquier caso, si la tasa de actualización resultare inferior a siete por ciento real anual o bien superior al trece por ciento real anual, se aplicarán estos últimos valores, respectivamente”*.

c) Procedimiento para el establecimiento de las tarifas

106. Respecto del procedimiento para establecer las tarifas, el marco regulatorio establece que el VAD utilizado para determinar las tarifas será determinado sobre la base de un estudio realizado por una consultora contratada por cada distribuidor.
107. A este efecto, el artículo 74 de la LGE prevé que *“cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión [la CNEE]”*.

³⁴ LGE, art. 67, (Anexo C-17).

³⁵ LGE, art. 76, (Anexo C-17).

108. Dichas firmas de ingeniería deberán trabajar en el marco de unos términos de referencia elaborados por la CNEE, la cual podrá supervisar el avance de dichos estudios³⁶.
109. Una vez concluidos, los estudios del VAD serán revisados por la CNEE, la cual podrá plantear observaciones al respecto³⁷.
110. En caso de que existiesen discrepancias formuladas por escrito, el artículo 75 de la LGE prevé que *“la [CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo”*. En este caso, *“la Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”*³⁸.
111. La LGE establece que los plazos límite para la realización de los mencionados estudios, su revisión, la formulación de observaciones y la formación de la Comisión Pericial vendrán determinados por el Reglamento³⁹.
112. El artículo 77 de la LGE prevé que *“[l]a metodología para la determinación de las tarifas será revisada por la [CNEE] cada cinco (5) años, durante la primera quincena de enero del año que corresponda”*.

2. El RLGE

113. El 21 de marzo de 1997, de acuerdo con las disposiciones transitorias de la LGE, el presidente de Guatemala y el MEM emitieron el Acuerdo Gubernativo 256-97, que contenía el Reglamento de la LGE (el **“RLGE”**)⁴⁰. El RLGE fue modificado sucesivamente en los años 2003⁴¹, 2007⁴² y 2008⁴³.
114. El RLGE, en particular, establece los parámetros de cálculo para que la CNEE estableciera los términos de referencia de los estudios que las distribuidoras deben encomendar a las empresas consultoras⁴⁴, así como los plazos para llevar a cabo las actuaciones necesarias en el proceso para la fijación de las tarifas.

³⁶ RLGE, art. 97.

³⁷ RLGE, art. 98.

³⁸ LGE, art. 75, (Anexo C-17).

³⁹ LGE, art. 77.

⁴⁰ Anexo C-21.

⁴¹ Anexo R-30.

⁴² Anexo C-105.

⁴³ Anexo C-212.

⁴⁴ RLGE 1998, arts. 86-92, 97.

115. En cuanto a los plazos límite, el RLGE establece que cada cinco años, once meses antes de la entrada en vigencia de las tarifas, la CNEE entregará los términos de referencia a cada distribuidor⁴⁵.
116. Una vez entregados los términos de referencia, comienza a correr un plazo de tres meses para que cada distribuidor presente a la CNEE su estudio tarifario, el cual debe incluir los cuadros tarifarios resultantes, las fórmulas de ajuste y un informe de respaldo⁴⁶.
117. A partir de entonces, dentro de un plazo de un mes, la CNEE debe aprobar o rechazar los estudios presentados por los distribuidores, *“formulando las observaciones que considere pertinentes”*⁴⁷.
118. Tras la entrega de las observaciones de la CNEE, de acuerdo con el RLGE:
*“El Distribuidor, a través de las empresas consultoras, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste, y enviará el estudio corregido a la [CNEE] en el plazo de quince días de recibidas las observaciones. De persistir discrepancias entre la [CNEE] y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley”*⁴⁸.
119. Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 75 de la LGE prevé que, en este caso, *“[la CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo”, la cual “se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”*⁴⁹.
120. El último párrafo del artículo 98 del RLGE establecía:
*“Mientras el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúe las correcciones a los mismos, según lo estipulado en los párrafos anteriores, no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas”*⁵⁰.

⁴⁵ RLGE 1998, art. 98. El plazo límite original de 11 meses fue ampliado a 12 meses según la modificación del RLGE de 2007 (C-105).

⁴⁶ *Ibid.* El plazo límite original de tres meses fue ampliado a cuatro meses según la modificación del RLGE de 2007 (C-105).

⁴⁷ *Ibid.* El plazo límite original de un mes fue ampliado a dos meses según la modificación del RLGE de 2007 (C-105).

⁴⁸ *Ibid.*, (Anexo C-21).

⁴⁹ LGE, art. 75.

⁵⁰ RLGE 1998, art. 98, (Anexo C-21).

121. El artículo 98 del RLGE fue, sin embargo, modificado en 2007. El 2 de marzo de 2007, el MEM emitió a este efecto el Acuerdo Gubernativo 68-2007. El artículo 98 del RLGE, tal y como resulta modificado por dicho Acuerdo Gubernativo, reza:

*“En caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora”*⁵¹.

122. El segundo párrafo del artículo 99 del RLGE también fue modificado en 2003. El artículo 99 preveía, en su versión de 1998, lo siguiente:

*“Una vez aprobado el estudio tarifario a que se refiere [sic] los artículos anteriores, la [CNEE] procederá a fijar las tarifas definitivas en un plazo no mayor a un mes a partir de la fecha en que se aprobó el estudio definitivo y deberá publicarlas a más tardar el 30 de abril, en el Diario Oficial. En caso que la [CNEE] no haya publicado las nuevas tarifas, las mismas podrán ser ajustadas por los distribuidores en base a las fórmulas vigentes de ajuste, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo anterior. Las tarifas se aplicarán a partir del 1 de mayo inmediato siguiente a la fecha de la aprobación por la [CNEE]”*⁵².

123. En su versión modificada de 2003, el artículo 99 prevé lo siguiente:

*“En caso que la Comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste [...]. En ningún caso la actividad de Distribución Final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. Dada la circunstancia en la que una distribuidora no cuente con un pliego tarifario, corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata, de forma que se cumpla con el principio enunciado”*⁵³.

C. La privatización de EEGSA

124. El 13 de febrero de 1997, el Gobierno de Guatemala anunció su intención de privatizar EEGSA y, el 17 de diciembre del mismo año, el presidente Álvaro Arzú emitió el Acuerdo Gubernativo 865-97, en el que se autorizó la privatización a través

⁵¹ Versión modificada en 2007 del RLGE, artículo 98 (Anexo C-104).

⁵² Anexo C-21.

⁵³ Anexo C-105.

de la oferta y subasta pública a nivel nacional e internacional, de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, del 96% del capital social de EEGSA perteneciente al Estado⁵⁴.

125. Según el Acuerdo Gubernativo 865-97, EEGSA era responsable de organizar la oferta pública⁵⁵, y para ello constituyó un Comité de Alto Nivel, y contrató el servicio de la firma *Salomon Smith Barney Holdings Inc.* (“**Salomon Smith Barney**”) como asesor financiero.

126. En abril de 1998, Salomon Smith Barney preparó un memorándum informativo preliminar (el “**Memorándum Preliminar**”), que fue enviado a los potenciales inversores que habían sido detectados, entre ellos, TECO ENERGY⁵⁶.

127. El Memorándum Preliminar establecía el objetivo de vender la totalidad de las acciones de EEGSA de la siguiente forma: un 80% sería ofrecido a inversores estratégicos mediante licitación pública nacional e internacional, y el 16,1% restante que poseía el Estado se vendería a los llamados inversores prioritarios, que eran los empleados de EEGSA, sus usuarios y la ciudadanía en general. El 3,9% de las acciones que Guatemala no controlaba y pertenecía a inversores privados se mantendría bajo el control de estos últimos.

128. El Memorándum Preliminar hacía referencia al marco regulatorio de la siguiente manera:

“Según lo establecido en la Ley y el Reglamento, las tarifas a usuarios regulados, [...], se regulan como la suma de (i) el precio promedio de adquisición de la energía eléctrica por parte del distribuidor [...], y (ii) del valor agregado de distribución (el “VAD”).

Los costos de adquisición para el cálculo de las tarifas base serán calculados cada cinco años y se basarán en la estructura de una empresa eficiente. [...] El compromiso de [la CNEE] al momento de determinar las tarifas finales a los usuarios es trasladar el precio medio de potencia y energía para garantizar el concepto de “pass-through” del valor total de las compras”⁵⁷.

129. Luego de describir el concepto del VAD según la LGE y el RLGE, el Memorándum Preliminar señala:

⁵⁴ Anexo C-23. La variación del porcentaje de acciones propiedad del Estado en EEGSA (de 91,7% en 1972 a 96,1% en 1997) se explica por una capitalización de utilidades que EEGSA llevó a cabo en 1995 (ver nota al pie 12).

⁵⁵ Anexo C-23, arts. 3-7.

⁵⁶ Anexo C-27.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 11-12.

*“Los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería [...]. [La CNEE] revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias”*⁵⁸.

130. En algunos párrafos más adelante, el Memorándum señala que EEGSA, en el pasado, *“subsidió el mercado, carga que causó grave deterioro en la salud financiera de la compañía, sin embargo la nueva Ley aborda este problema directamente, otorgando a las compañías (INDE y EEGSA) la capacidad de fijar las tarifas según los precios del mercado”*⁵⁹.

131. En mayo de 1998, EEGSA abrió un *data room* y emitió, asimismo, los términos de referencia para la oferta pública⁶⁰, así como un memorándum de venta (el **“Memorándum de Venta”**)⁶¹ y un proyecto de contrato de compraventa de acciones. También se preparó una presentación durante una gira promocional (la **“Gira Promocional”**) que se llevó a cabo entre los días 11 y 21 de mayo de 1998⁶².

132. El Memorándum de Venta se refiere al cálculo del VAD y al sistema previsto por la LGE en caso de una diferencia entre la CNEE y el distribuidor de la siguiente manera:

*“Los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería, pero la Comisión puede disponer que los estudios sean agrupados por categoría de densidad. [La CNEE] revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias. La Ley establece que para la primera fijación de tarifas, a efectuarse en mayo de 1998, [la CNEE] puede usar valores de VAD derivados de otros países que apliquen similar metodología (caso de Chile, Perú, El Salvador, por ejemplo)”*⁶³.

133. En julio de 1998, la Junta Directiva de TECO ENERGY recomendó llevar a cabo la inversión⁶⁴.

134. El 9 de julio de 1998, durante una presentación interna sobre la privatización de EEGSA, la gerencia de TECO ENERGY consideró que la inversión contemplada

⁵⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Anexo C-30.

⁶¹ Anexo C-29.

⁶² Anexo C-28.

⁶³ Anexo C-29, p. 49.

⁶⁴ Anexo C-32, p. 6.

brindaría posibilidades de sinergias, así como protección adicional a las inversiones existentes del grupo en Guatemala⁶⁵.

135. TECO ENERGY decidió participar en la oferta de acciones a través de su sociedad filial TPS. Para preparar su oferta, TPS formó un consorcio (el “**Consortio**”) junto con Iberdrola y EDP⁶⁶.
136. El 15 de julio de 1998, la Junta Directiva de TECO ENERGY autorizó a TPS a participar en la oferta⁶⁷.
137. Según lo previsto por el artículo 3.2 de los términos de referencia para la oferta pública, el Consortio constituyó una sociedad inversora guatemalteca, denominada Distribución Eléctrica Centroamericana S.A. (DECA I), para adquirir las acciones de EEGSA⁶⁸. La participación de los miembros del Consortio en DECA I se distribuyó de la siguiente manera: un 49% correspondía a Iberdrola, un 30% a TPS y un 21% a EDP⁶⁹.
138. El 30 de julio de 1998, luego de haber quedado precalificado, el Consortio presentó una oferta de US\$520 millones por el 80% de las acciones de EEGSA, y fue declarado ganador de la licitación⁷⁰.
139. El cierre de la compra se produjo el día 11 de septiembre de 1998⁷¹.
140. DECA I se fusionó en 1999 con EEGSA, mientras que Iberdrola, TPS y EDP constituyeron una nueva sociedad guatemalteca, denominada Distribución Eléctrica Centroamericana Dos S.A. (DECA II), para la tenencia de sus acciones⁷².

D. Las tarifas durante el período 1999-2003

141. Según lo dispuesto en la disposición transitoria 2 de la LGE, el procedimiento para el cálculo del VAD especificado en el capítulo III de la LGE no era de aplicación a la fijación de tarifas para el primer período posterior a la privatización. Por el contrario, el VAD para dicho período inicial se estableció sobre la base de los valores utilizados en otros países que aplican una metodología similar. En particular, la

⁶⁵ Anexo C-33; Declaración CWS-11, §5. Teco poseía dos plantas de generación eléctrica, Alborada y San José, las cuales suministraban toda su electricidad a EEGSA.

⁶⁶ Demanda, § 60. Inicialmente el Consortio estaba constituido por Iberdrola, TPS y Coastal Power Corp., pero finalmente Coastal Power Corp. se retiró y fue suplantada por EDP; ver Declaración CWS-5, § 15.

⁶⁷ Anexo C-34.

⁶⁸ Declaración CWS-5, § 15.

⁶⁹ *Ibid.*; Anexo C-40, p. 7; Demanda, § 60.

⁷⁰ Declaración CWS-5, § 16; Anexo C-36.

⁷¹ Demanda, § 63; CWS-5, § 16; Anexo C-38.

⁷² Demanda, § 63; CWS-5, § 16; Anexo C-44.

CNEE recurrió a los valores aplicados en El Salvador en el primer trimestre de 1996, ajustados a la realidad del sistema eléctrico y a la situación económica de Guatemala⁷³.

142. El 17 de julio de 1998, la CNEE dictó la Resolución 15-1998, en la que fijó las tarifas de EEGSA para el período comprendido entre el 1 de julio de 1998 y el 30 de junio de 2003⁷⁴.

143. Según el Demandante, durante el primer quinquenio tarifario, EEGSA logró significativos avances, aumentó su base de clientes y el consumo de energía, y redujo las pérdidas de energía y los gastos operativos⁷⁵. El Consorcio también invirtió cerca de US\$100 millones en capital adicional en EEGSA para mantener, modernizar y ampliar su red⁷⁶, y Teco le prestó a EEGSA más de US\$11 millones⁷⁷.

E. La revisión tarifaria para el período 2003-08

144. Para establecer las tarifas en el siguiente período, el 9 de octubre de 2002, la CNEE precalificó a seis consultoras para la confección del estudio sobre el VAD del distribuidor⁷⁸. EEGSA seleccionó a la sociedad NERA Economic Consulting S.A. (“NERA”), encabezada por el Sr. Leonardo Giacchino, mientras que la CNEE contrató a PA Consulting Services S.A. (“PA Consulting”) para que la asesorara⁷⁹.

145. El 23 de octubre de 2002, la CNEE emitió los términos de referencia para la revisión tarifaria del período 2003-08⁸⁰. En particular, los términos de referencia preveían que la consultora debía basarse en la red real y hacerle los ajustes necesarios para optimizarla, para que se asemeje al modelo de una distribuidora eficiente (*top-down approach*)⁸¹.

146. EEGSA presentó el estudio final revisado de NERA el 30 de julio de 2003⁸².

⁷³ Anexo C-20; Declaración CWS-4, § 5; Informe CER-2, § 86.

⁷⁴ Anexo C-35.

⁷⁵ Demanda, §§ 68-69; Informe CER-2, § 96.

⁷⁶ Demanda, § 70; Informe CER-2, Apéndice 3.b.

⁷⁷ Demanda, § 70; Declaración CWS-5, § 17; Anexo C-87, pp. 2-29.

⁷⁸ Anexo C-58.

⁷⁹ Declaraciones CWS-6, § 4, CWS-3, § 9 y CWS-4, §§ 4 y 9.

⁸⁰ Anexo C-59.

⁸¹ Anexo C-99, pp. 85-87; Declaración CWS-4, § 4; Informe CER-2, § 88; Contestación, § 258.

⁸² Anexo C-77; Declaración CWS-3, § 10. El estudio corregido especificaba un VNR de US\$584 millones y un flujo de ingresos de US\$110 millones por año, véase el Anexo C-75, art. 3, cuadro 2; Declaración CWS-4, §§ 13 y 73.

147. La CNEE aceptó el estudio corregido y, el 31 de julio de 2003, emitió las Resoluciones 66-2003⁸³ y 67-2003⁸⁴, que fijaban las tarifas de EEGSA para el período 2003-08.

148. La revisión resultó en un incremento del VAD de EEGSA del 12,83% en baja tensión y del 70,78% en media tensión⁸⁵.

149. Durante el segundo período tarifario, el retorno anual de EEGSA sobre el capital invertido se ubicó entre 7% y 10%⁸⁶.

F. La reestructuración del grupo TECO ENERGY

150. Entre 1998 y 2005, el grupo TECO ENERGY se reestructuró.

151. El 4 de mayo de 2004 se creó una compañía intermediaria entre TECO ENERGY y TPS, llamada TWG Non-Merchant Inc.⁸⁷ (la cual seguidamente pasaría a denominarse Teco Guatemala Inc.⁸⁸) y le fueron transferidas las acciones de TPS en DECA II⁸⁹.

152. El 26 de abril de 2005 se constituyó Teco Guatemala Holdings, LLC, el Demandante en este arbitraje, y se le transmitieron a esta última las acciones de TPS en DECA II⁹⁰.

G. La revisión tarifaria para el período 2008-13

1. Los términos de referencia de abril de 2007 y su impugnación

153. El 30 de abril de 2007, la CNEE entregó a EEGSA los términos de referencia para la revisión tarifaria del período 2008-13 (los “**Términos de Referencia**”)⁹¹.

154. En mayo de 2007, concluyó el mandato de la anterior directiva de la CNEE y fue nombrada la nueva directiva según el mecanismo previsto en la LGE y el RLGE⁹².

⁸³ Anexo C-78.

⁸⁴ Anexo C-79.

⁸⁵ Contestación, § 258.

⁸⁶ Demanda § 81, Declaración CWS-4, § 19.

⁸⁷ Réplica, § 67; Declaración CWS-11, § 10; Anexo C-461.

⁸⁸ Anexo C-460.

⁸⁹ Réplica, §§ 67-68; Declaración CWS-11, § 11; Anexo C-464.

⁹⁰ Réplica, §§ 67-68; Declaración CWS-11, § 11; Anexo C-471. De acuerdo con el Demandante, el grupo TECO ENERGY mantuvo su participación indirecta en EEGSA desde el comienzo de la inversión.

⁹¹ Anexo C-106.

⁹² Contestación, § 291.

La nueva directiva de la CNEE se compuso entonces por los ingenieros Enrique Moller, Carlos Colom Bickford y César Augusto Fernández⁹³.

155. El 8 de mayo de 2007, EEGSA interpuso un recurso administrativo ante la CNEE, mediante el cual solicitó que se revocaran los Términos de Referencia⁹⁴. En particular, EEGSA se quejaba de que los Términos de Referencia había establecido lineamientos metodológicos y procedimentales que predeterminaban el estudio del VAD de la consultora⁹⁵. Además, según EEGSA, los Términos de Referencia atribuían facultades a la CNEE y creaban obligaciones para EEGSA y su consultora que no estaban previstas en la LGE, como la obligación de que la CNEE aprobara cada etapa del estudio antes que el estudio pudiera continuar y la posibilidad de que la CNEE considerara el estudio como no entregado en determinadas circunstancias, a los fines del artículo 98 del RLGE⁹⁶.

156. El 11 de mayo de 2007, EEGSA presentó a la CNEE sus comentarios detallados sobre los Términos de Referencia⁹⁷. En particular, EEGSA propuso incorporar un artículo que aclarara que los Términos de Referencia constituían pautas sujetas a la LGE o el RLGE, y que la consultora podía apartarse de los Términos de Referencia expresando los motivos que lo justifiquen⁹⁸.

157. El 15 de mayo de 2007, la CNEE declaró improcedente el recurso de revocatoria de los Términos de Referencia interpuesto por EEGSA⁹⁹. El 29 de mayo de 2007, EEGSA interpuso un recurso de amparo solicitando que se declarase que los Términos de Referencia no eran aplicables (a excepción de los puntos 1.1 y primer párrafo del 1.4), pues facultaban a la CNEE para calcular los componentes del VAD, lo cual no estaba permitido en la LGE¹⁰⁰.

158. El recurso de amparo de EEGSA sostenía lo siguiente:

“En el procedimiento de la Ley, si la Comisión no está de acuerdo con el estudio elaborado por el Consultor, las diferencias se someten a la decisión de una Comisión Pericial, quien tiene la última palabra. En el procedimiento del Acto

⁹³ Contestación, § 292.

⁹⁴ Anexo C-107.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 5, § 1.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁹⁷ Anexo C-108.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁹ Anexo C-109.

¹⁰⁰ Anexo C-112, p. 4, § 2.

Reclamado, si a la CNEE no le parece el estudio, lo tiene por no entregado y emite su propio VAD sin estudio alguno”¹⁰¹.

159. El 4 de junio de 2007, el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil concedió a EEGSA el amparo provisional y anuló temporalmente la aplicación de los Términos de Referencia¹⁰². Dicho amparo fue confirmado de manera provisional por el mismo juzgado el 11 de junio de 2007¹⁰³, a la espera de una decisión sobre el fondo del asunto. Como se verá a continuación, las partes ulteriormente llegaron a un acuerdo sobre el tema en disputa y no llegó a dictarse una decisión sobre el fondo.
160. El 21 de junio de 2007, la CNEE dictó la Resolución 55-2007, precalificando como consultoras para elaborar el estudio de tarifas a las firmas PA Consulting, Quantum S.A., Mercados Energéticos S.A. (“**Mercados Energéticos**”), Synex, Bates White, LLC (“**Bates White**”) y el consorcio Sigla S.A. / Electrotek (“**Sigla**”)¹⁰⁴.
161. La CNEE también contrató a los ingenieros Alejandro Arnau y Jean Riubrugent, de la sociedad Mercados Energéticos, para que la asesoraran en la revisión de los Términos de Referencia, en consideración de las modificaciones solicitadas por EEGSA.
162. El 27 de julio de 2007, la CNEE emitió una oferta pública para contratar una consultora que la asistiera durante la revisión tarifaria¹⁰⁵.
163. El 1 de agosto de 2007, EEGSA contrató como consultora sobre el VAD a Bates White, cuyo director de proyecto era el Sr. Giacchino, quien se había desempeñado en la misma función para la sociedad NERA durante la revisión tarifaria del 2003¹⁰⁶.
164. El 26 de octubre de 2007, la CNEE decidió escoger a Sigla como su propia consultora¹⁰⁷. La CNEE también recibió el asesoramiento de los Sres. Alejandro Arnau y Jean Riubrugent de la sociedad Mercados Energéticos, quienes la habían asesorado en la revisión de los Términos de Referencia¹⁰⁸.

2. Los Términos de Referencia aplicables

165. Durante el segundo semestre de 2007, EEGSA y la CNEE se reunieron para discutir sobre los Términos de Referencia. En dichas reuniones la CNEE aceptó reemplazar

¹⁰¹ *Ibid.*, 4.D, p. 9.

¹⁰² Anexo C-114.

¹⁰³ Anexo C-115.

¹⁰⁴ Anexo C-117.

¹⁰⁵ Anexo R-40.

¹⁰⁶ Declaraciones CWS-3, § 23 y CWS-6, § 15.

¹⁰⁷ Anexo R-46.

¹⁰⁸ Contestación, §§ 307 y 323.

los artículos 1.7.4 y 1.9 de los Términos de Referencia con los nuevos artículos 1.6.4 y 1.8¹⁰⁹.

166. El nuevo artículo 1.6.4 eliminó la posibilidad de que la CNEE interrumpiera el estudio de la consultora si consideraba que el informe de etapa no se ajustaba a los Términos de Referencia.

167. El nuevo artículo 1.8 eliminó la posibilidad de que la CNEE pudiera considerar como no recibido el estudio en los términos del artículo 98 del RLGE si determinaba que faltaba información o no estaba de acuerdo con el resultado. El artículo 1.8 quedó redactado de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo estipulado en el artículo 98 del Reglamento, la CNEE dispondrá de un plazo de dos (2) meses para evaluar el Informe Final del Estudio presentado por la Distribuidora. Como resultado de la evaluación, la CNEE formulará las observaciones que considere pertinentes. El Distribuidor deberá analizar las observaciones, efectuar las correcciones que considere pertinentes y enviar a la CNEE, dentro de los quince (15) días de recibidas las observaciones, el Informe Final del Estudio eventualmente corregido”¹¹⁰.

168. La CNEE también acordó eliminar una fase de consulta pública que había sido prevista originalmente en los Términos de Referencia de abril de 2007¹¹¹.

169. EEGSA y la CNEE también acordaron incluir un nuevo artículo 1.10 en los Términos de Referencia, titulado “Alcance de los Términos de Referencia”. El artículo 1.10 quedó redactado de la siguiente manera:

“Los presentes TdR muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos. De existir variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio.

Los presentes términos de referencia no constituyen una modificación legal o reglamentaria, por lo que en caso de controversia entre alguna de las disposiciones de los presentes términos de referencia con la Ley o el Reglamento prevalecerán las disposiciones de estos, aplicando en todo caso el principio de

¹⁰⁹ Declaraciones CWS-3, § 21 y CWS-6, § 11; Informe CER-1, §§ 49-50.

¹¹⁰ Anexo C-127, art. 1.8.

¹¹¹ Anexo C-108, art. 1.10; Contestación, § 309.

jerarquía legal. Asimismo, cualquier omisión de estos términos de referencia, relativo o [sic] aspectos definidos en la Ley y el Reglamento en materia de tarifas se entenderá incorporado [sic] en los TdR”¹¹².

170. El 6 de agosto de 2007, EEGSA desistió de la acción de amparo¹¹³ y, el 9 de octubre de 2007, la CNEE emitió la Resolución 124-2007, que contenía una adenda a los Términos de Referencia de abril de 2007¹¹⁴.

3. El informe sobre el VAD de Bates White

171. El 29 de octubre de 2007, Bates White presentó a EEGSA y la CNEE su informe de Etapa A¹¹⁵.

172. El 12 de noviembre de 2007, la CNEE contrató a Sigla como consultora para asistir en el proceso de revisión tarifaria¹¹⁶.

173. Ese mismo día, la CNEE solicitó a EEGSA y Bates White que prepararan, en vista de una reunión técnica que debía llevarse a cabo el día 20 de noviembre de 2007, una presentación sobre su informe de la Etapa A¹¹⁷.

174. El 20 de noviembre de 2007, Bates White presentó su informe de la Etapa A mediante videoconferencia a los representantes de EEGSA, de la CNEE, y de las consultoras de esta última, Mercados Energéticos y Sigla, quienes se reunieron a tal efecto en las oficinas de EEGSA.

175. Luego de la reunión, Bates White comenzó a preparar sus informes de las Etapas B y C¹¹⁸.

176. El 17 de diciembre de 2007, la CNEE envió una nota a EEGSA en la que le informaba que el informe de la Etapa A no había sido presentado adecuadamente. El fundamento de dicha afirmación era que no se habían respetado las formalidades en cuanto a la designación de la consultora de EEGSA y que tampoco se había proporcionado a la CNEE la información que EEGSA había suministrado a Bates White¹¹⁹.

¹¹² Anexo C-127.

¹¹³ Anexo C-124.

¹¹⁴ Anexo C-127.

¹¹⁵ Anexo C-128.

¹¹⁶ Anexo C-132.

¹¹⁷ Anexo C-133.

¹¹⁸ Demanda, § 113; Declaración CWS-4, § 22.

¹¹⁹ Anexo C-134.

177. El 17 de enero de 2008, la CNEE dictó las resoluciones 04-2008 y 05-2008¹²⁰. En la primera, la CNEE estableció en un 7% real anual la tasa de actualización que debería utilizarse para la determinación de las tarifas de distribución¹²¹. En la segunda, se incluía una adenda con modificaciones a los Términos de Referencia¹²². Dichas modificaciones contenían nuevas disposiciones sobre la fórmula de recuperación de capital, incluido el 50% del factor de depreciación¹²³.
178. La adenda a los Términos de Referencia de enero de 2008 también incluía nuevas fechas de entrega para cada informe de etapa, incluido el informe de la Etapa A.
179. El 25 de enero de 2008, según el cronograma establecido en la adenda de enero de 2008, Bates White presentó un nuevo informe de Etapa A¹²⁴, así como su informe de la Etapa B¹²⁵ y un ejemplar de su contrato con EEGSA¹²⁶.
180. El 30 de enero de 2008, la CNEE envió una nota a EEGSA según la cual, antes de dar por recibidos correctamente los informes, EEGSA debía suministrar documentación adicional¹²⁷.
181. El 31 de enero de 2008, EEGSA envió a la CNEE los documentos adicionales solicitados¹²⁸.
182. El 12 de febrero de 2008, la CNEE declaró que el informe de la Etapa A de Bates White no se ajustaba a los Términos de Referencia y por ello no podría ser utilizado como base para los informes subsiguientes¹²⁹.
183. Bates White corrigió su informe según algunos de los comentarios de la CNEE, y rechazó otros que consideró improcedentes¹³⁰.
184. EEGSA presentó a la CNEE los siguiente informes de etapa de Bates White, y la CNEE presentó sus comentarios respectivos¹³¹.
185. El 31 de marzo de 2008, EEGSA presentó el estudio final de Bates White a la CNEE junto con las versiones finales de cada informe de etapa¹³². El VNR resultante del

¹²⁰ Anexo C-153 o R-54.

¹²¹ Anexo C-152.

¹²² Anexo C-153 o R-54.

¹²³ Contestación, § 310; Anexo C-75; Anexo R-54.

¹²⁴ Anexo C-156

¹²⁵ Anexo C-157.

¹²⁶ Anexo C-154.

¹²⁷ Anexo C-158.

¹²⁸ Anexo C-159.

¹²⁹ Anexo C-161, p. 13.

¹³⁰ Demanda, § 118; Declaraciones CWS-4, § 27; CWS-6, § 19; y CWS-3, 27.

¹³¹ El 14 de marzo de 2008, la CNEE envió sus comentarios a EEGSA sobre la Etapa C (Anexo C-169) y la Etapa D (Anexo C-170). El 25 de marzo de 2008, la CNEE envió sus comentarios a EEGSA sobre la Etapa E (Anexo C-176) y la Etapa F (Anexo C-175).

estudio final era de US\$1695 millones, casi tres veces superior a los US\$583,68 millones calculados en 2003¹³³.

186. El 11 de abril de 2008, la CNEE dictó la Resolución 63-2008, en la cual rechazó el estudio y ordenó a EEGSA “*realizar las correcciones al mismo conforme a las observaciones realizadas [...] en el plazo de 15 días*”¹³⁴.
187. El 22 de abril de 2008 se llevó a cabo una reunión entre los directores de la CNEE y el presidente del Consejo de Administración de EEGSA, Sr. Gonzalo Pérez. Durante la reunión, el Sr. Pérez hizo una presentación sobre la posibilidad de que se aumentara el VAD, con una reducción del componente tarifario de los costos de energía, de manera que dicho aumento del VAD no repercutiera en las tarifas. En la presentación, EEGSA propuso un aumento del 10% del VAD, frente al aumento del 100% que hubiera resultado del estudio de su consultora corregido sobre la base de los comentarios de la CNEE¹³⁵. La CNEE no respondió a dicha propuesta¹³⁶.
188. EEGSA presentó el estudio corregido de Bates White el 5 de mayo de 2008, en el que la consultora aceptó algunas observaciones efectuadas por la CNEE e incorporó las modificaciones respectivas pero también rechazó otras¹³⁷. El mismo día, el Ing. Giacchino, de Bates White, respondió a las observaciones que la CNEE había planteado respecto del estudio del 31 de marzo de 2008¹³⁸.
189. El VNR resultante del estudio corregido del 5 de mayo de 2008 era de US\$1,3 mil millones¹³⁹.

4. La constitución de la Comisión Pericial y la discusión de las Reglas Operativas

190. El 13 de mayo de 2008, la CNEE comunicó a EEGSA que sería necesario constituir una comisión pericial, y la convocó a una reunión al día siguiente para discutir su formación y la forma de trabajo¹⁴⁰.
191. El 14 de mayo de 2008, los representantes de EEGSA y de la CNEE se reunieron nuevamente para discutir sobre la constitución de la Comisión Pericial, y luego de

¹³² Apéndice a la Declaración RWS-1.

¹³³ Contestación, § 331.

¹³⁴ Anexo C-193, p. 2.

¹³⁵ Anexo C-194; Declaraciones CWS-6, §§ 22-23; y CWS-3, § 29.

¹³⁶ Declaraciones CWS-5, § 20; y CWS-3, § 31.

¹³⁷ Anexo C-195.

¹³⁸ Anexo C-207.

¹³⁹ Demanda, § 122.

¹⁴⁰ Anexo C-208.

ello, la CNEE propuso a EEGSA un marco general de funcionamiento¹⁴¹. EEGSA rechazó las propuestas y sugirió que se fijasen reglas específicas para el procedimiento, a lo que la CNEE accedió¹⁴².

192. El 16 de mayo de 2008, la CNEE notificó a EEGSA su Resolución 96-2008 del 15 de mayo de 2008, en cuyo último considerando exponía que EEGSA había omitido corregir *“la totalidad de las observaciones realizadas por la Comisión a través de la referida Resolución CNEE-63-2008, incorporando en el Estudio del Valor Agregado de Distribución cambios y modificaciones adicionales, no solicitadas, que consecuentemente alteraron otros elementos del estudio; por lo cual, conforme a lo establecido en la legislación vigente, corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica establecer las discrepancias con el Estudio del Valor Agregado de Distribución para conformar la Comisión Pericial”*¹⁴³.
193. A continuación, la CNEE resolvió en la Resolución 96-2008 que *“se conforme la Comisión Pericial a la que se refiere el artículo 75 de la Ley General de Electricidad, la cual deberá pronunciarse sobre las Discrepancias con el Estudio de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, enumeradas a continuación, verificando la correcta aplicación de los Términos de Referencia (TdR) del Estudio del Valor Agregado de Distribución aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica”*¹⁴⁴. La CNEE enumeró nueve categorías de discrepancias sobre las cuales debía pronunciarse la Comisión Pericial¹⁴⁵.
194. En cuanto a la conformación de la Comisión Pericial, EEGSA decidió nombrar al Sr. Leonardo Giacchino, director de proyectos de Bates White¹⁴⁶, mientras que la CNEE nombró al Ing. Jean Riubrugent, consultor de Mercados Energéticos¹⁴⁷.
195. El 19 de mayo de 2008, mediante el Acuerdo Gubernativo 145-2008, se adicionó un artículo 98 bis al RLGE, denominado *“Procedimiento y plazos para la integración de la Comisión Pericial”*, en el que se dispuso que la CNEE y la distribuidora contaban con un plazo de tres días para integrar la Comisión Pericial, constituida de un perito nombrado por cada parte y un tercero, de mutuo acuerdo, y en el caso de que no se

¹⁴¹ Anexo R-70.

¹⁴² Contestación, § 361. La CNEE también envió una propuesta de reglas específicas a EEGSA el día siguiente, Anexo C-210.

¹⁴³ Anexo C-209, último considerando.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 3-21.

¹⁴⁶ Demanda, § 127; Declaraciones CWS-3, § 33; CWS-6, § 37; y CWS-4, § 34.

¹⁴⁷ Contestación, § 352.

llegase a un acuerdo sobre el tercer miembro de la Comisión Pericial, este sería nombrado por el MEM de entre los candidatos propuestos por las partes¹⁴⁸.

196. El mencionado Acuerdo Gubernativo fue publicado el 26 de mayo de 2008 y entró en vigencia el 27 de mayo de 2008, por lo que no resultaba aplicable al proceso de revisión tarifaria en curso para el período 2008-13¹⁴⁹.
197. También el día 19 de mayo de 2008, EEGSA entregó a la CNEE un proyecto de reglas operativas (“**Reglas Operativas**”) para la Comisión Pericial¹⁵⁰.
198. Aunque EEGSA acordó que Bates White debía corregir el estudio de modo de que se ajuste a los pronunciamientos de la Comisión Pericial¹⁵¹, no se llegó a un acuerdo sobre quién debería analizar si las correcciones efectuadas se ajustaban a dichos pronunciamientos. La CNEE propuso ser la entidad que realice dicha evaluación¹⁵², mientras que EEGSA sostenía que debía ser la Comisión Pericial la que verificara si las correcciones se ajustaban a su pronunciamiento¹⁵³.
199. El 21 de mayo de 2008, tras reunirse con EEGSA, la CNEE propuso un nuevo proyecto de Reglas Operativas, e insistió en que debería ser la CNEE la que revisara y aprobara las correcciones según el pronunciamiento de la Comisión Pericial¹⁵⁴.
200. El 23 de mayo de 2008, EEGSA se quejó de que la Resolución 96-2008 establecía de forma unilateral y arbitraria las discrepancias que debía resolver la Comisión Pericial, incluidos los temas del estudio que no habían sido objetados previamente por la CNEE¹⁵⁵. Según EEGSA, la Resolución constituía “*una violación a las garantías de Trato Nacional y Nivel Mínimo de Trato, así como un intento de expropiación constructiva de [EEGSA] conforme lo estipulado en diversos tratados internacionales en los que Guatemala es parte*”¹⁵⁶.
201. El 23 de mayo de 2008, el Sr. Quijivix, de la CNEE, hizo circular una nueva versión de las Reglas Operativas, en la que aparecían destacadas las reglas 8, 9, y 12, que todavía no habían sido acordadas¹⁵⁷.

¹⁴⁸ Anexo C-212.

¹⁴⁹ Demanda, § 135.

¹⁵⁰ Anexo C-211.

¹⁵¹ Reglas propuestas por EEGSA el 19 de mayo de 2008, regla 14 (C-211), y Reglas Operativas propuestas por la CNEE el 15 de mayo de 2008, § 3 (C-210).

¹⁵² Anexo C-210, § 3.

¹⁵³ Anexo C-211, regla 14.

¹⁵⁴ Anexo C-213, regla 13.

¹⁵⁵ Anexo C-215.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Anexo C-214.

202. La siguiente versión del proyecto de Reglas Operativas fue distribuida por el Sr. Quijivix el 28 de mayo de 2008¹⁵⁸. El Demandante sostiene que esta versión de las reglas fue aceptada por la CNEE¹⁵⁹. La Demandada sostiene que nunca se consiguió llegar a un acuerdo definitivo sobre el proyecto¹⁶⁰.
203. El 28 de mayo de 2008, el presidente de la CNEE Carlos Colom propuso la contratación del Ing. Carlos Bastos como presidente de la Comisión Pericial, a lo que EEGSA accedió luego de haber informado a la CNEE que el Sr. Bastos había participado en el pasado en un pequeño proyecto para EEGSA sobre el mercado mayorista de electricidad¹⁶¹.
204. El 2 de junio de 2008, el Sr. Calleja, de EEGSA, envió al Sr. Bastos el correo electrónico del Sr. Quijivix, de fecha 28 de mayo de 2008, con el último proyecto de la propuesta de Reglas Operativas¹⁶². El Demandante sostiene que el Sr. Calleja informó al Sr. Quijivix respecto de este envío¹⁶³, mientras que la Demandada niega haber sido informada de ello¹⁶⁴.
205. Unos días más tarde, la CNEE, EEGSA y el Sr. Bastos discutieron algunas cuestiones administrativas relativas al procedimiento que se debía seguir ante la Comisión Pericial¹⁶⁵.
206. El 6 de junio de 2008, la CNEE y EEGSA firmaron el acta de nombramiento de la Comisión Pericial. El 12 de junio de 2008, los expertos comunicaron a ambas partes que asumían su función y el entendimiento que tenían de su misión¹⁶⁶.
207. El 26 de junio de 2008, el presidente de la Comisión Pericial, Sr. Carlos Bastos, firmó sendos contratos de prestación de servicios con la CNEE¹⁶⁷ y con EEGSA¹⁶⁸.

5. El informe de la Comisión Pericial y su disolución

208. Los días 23 y 24 de julio de 2008, fueron publicados en Guatemala artículos de prensa en los que se recogieron declaraciones del presidente de la CNEE, el

¹⁵⁸ Anexo C-218.

¹⁵⁹ Demanda, § 137.

¹⁶⁰ Contestación, §§ 366 y ss.

¹⁶¹ Anexos C-233 y C-151.

¹⁶² Anexo C-220.

¹⁶³ Demanda, § 140; Declaración CWS-3, § 42.

¹⁶⁴ Contestación, §§ 368 y ss.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 370.

¹⁶⁶ Anexo R-83.

¹⁶⁷ Anexo R-85.

¹⁶⁸ Anexo R-84.

Sr. Colom, según las cuales el informe de la Comisión Pericial no era vinculante y sería tomado como recomendaciones que la CNEE podía implementar o no¹⁶⁹.

209. El 25 de julio de 2008, la Comisión Pericial entregó su informe a la CNEE y a EEGSA¹⁷⁰. Ese mismo día, la CNEE emitió la Resolución 3121, mediante la cual se disolvió la Comisión Pericial.

210. En su informe, la Comisión Pericial resumió su labor de la siguiente manera:

*“De lo que se trata es de discernir si el Estudio Tarifario [realizado] por el Consultor, considerando a los TdR como lineamientos, ha realizado una tarea que sea acorde con los requerimientos de la Ley y el Reglamento o en su caso de determinar que si frente a justificaciones de los apartamientos, la CNEE sostuvo y acredita que los requerimientos de los TdR reflejan en mejor medida los requerimientos de la Ley”*¹⁷¹.

211. El 28 de julio de 2008, el Sr. Giacchino de Bates White envió una carta a la Comisión Pericial, con copia a la CNEE y EEGSA, mediante la cual se anunciaba que el estudio de Bates White se había modificado *“teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Pericial [...] para que pueda ser verificado que los cambios efectuados reflejan fielmente el pronunciamiento de la Comisión Pericial”*¹⁷².

212. EEGSA también envió a la CNEE, junto con una copia de la carta de Bates White mencionada más arriba, copias de los informes de etapa revisados, y un CD con los archivos de soporte¹⁷³. El estudio revisado de Bates White calculaba un VNR de US\$1.053 millones¹⁷⁴.

213. Ese día, la CNEE notificó a EEGSA su Resolución 3121, mediante la cual se disolvió la Comisión Pericial¹⁷⁵.

214. El mismo día, la CNEE escribió al Sr. Bastos a fin de acusar recibo del informe de la Comisión Pericial e informar que *“las actividades correspondientes a la ejecución de [su] contrato finalizaron el 25 de julio con la entrega del informe en referencia”*¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Anexos C-242 y C-243.

¹⁷⁰ Anexo C-246.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁷² Anexo C-253; Declaración CWS-4, § 65.

¹⁷³ Anexo C-254.

¹⁷⁴ Anexo C-265; Declaración CWS-4, §§ 71-72.

¹⁷⁵ Anexo C-247.

¹⁷⁶ Anexo C-251.

6. La fijación de las tarifas para el período 2008-13 y los recursos planteados por EEGSA

215. El 29 de julio de 2008, EEGSA presentó un recurso de amparo a fin de que se revocara la Resolución 3121 de la CNEE y se ordenara a la CNEE cumplir con el informe de la Comisión Pericial¹⁷⁷. EEGSA comunicó a los miembros de la Comisión Pericial que el efecto del recurso era poner en suspenso la Resolución de la CNEE y que la Comisión Pericial debía proceder a revisar si el estudio de Bates White cumplía con sus pronunciamientos¹⁷⁸.
216. Ese mismo día, el Sr. Bastos dirigió una carta a los otros miembros de la Comisión Pericial en la que los convocó a celebrar una reunión para analizar la última versión del estudio de Bates White¹⁷⁹. El perito Riubrugent, miembro de la Comisión Pericial designado por la CNEE, confirmó el día 30 que participaría por medio de teleconferencia¹⁸⁰.
217. El día 30 de julio de 2008, el Juzgado de Primera Instancia de Guatemala admitió el recurso de amparo y ordenó provisionalmente a la CNEE *“acatar a cabalidad el pronunciamiento de la Comisión Pericial permitiendo que concluya su labor especialmente la revisión final de los cambios efectuados a la Comisión Pericial por la firma Bates White”*, y *“abstenerse de utilizar mecanismos que tienda a manipular cambiar o interpretar [sic] en forma unilateral los que ya están aprobados”*¹⁸¹.
218. Sin embargo, el mismo juzgado de primera instancia dictó en el mismo día una resolución según la cual se suspendía el amparo sobre la base de que EEGSA no había agotado los recursos administrativos disponibles¹⁸².
219. El 31 de julio de 2008, el Sr. Riubrugent comunicó a los Sres. Giacchino y Bastos que, en vista de la situación y de las instrucciones que le comunicó la CNEE respecto del fin de sus obligaciones y su eventual responsabilidad por extralimitación de funciones, él no participaría en la conferencia telefónica prevista para el día 31 de julio¹⁸³.
220. Los peritos Bastos y Giacchino, sin embargo, se reunieron en las oficinas de Bates White en Washington, DC.

¹⁷⁷ Anexo C-249.

¹⁷⁸ Declaración CWS-3, § 47; Anexo C-270.

¹⁷⁹ Anexo C-271.

¹⁸⁰ Anexo C-281.

¹⁸¹ Anexo C-275.

¹⁸² Anexo C-278.

¹⁸³ Anexo C-281.

221. Al día siguiente, ambos peritos enviaron una carta a la CNEE y a EEGSA, en la que dejaban constancia de haber revisado todos los documentos relativos al cálculo de las tarifas y verificaban que todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial habían sido aplicados por Bates White al estudio revisado del 28 de julio de 2008¹⁸⁴.
222. El mismo día, la CNEE emitió las Resoluciones 144-2008, 145-2008 y 146-2008.
223. En la Resolución 144-2008, de fecha 29 de julio de 2008, la CNEE afirmó que el informe de la Comisión Pericial había confirmado que el estudio de Bates White de mayo de 2008 “omitió efectuar la corrección a la totalidad de las observaciones señaladas en la Resolución 63-2008”. Por lo tanto, según los artículos 98 y 99 del RLGE, la CNEE tenía la facultad de fijar las tarifas sobre la base de su propio estudio sobre el VAD¹⁸⁵.
224. En las Resoluciones 145-2008 y 146-2008, la CNEE fijó las tarifas y las fórmulas de ajuste periódico para los clientes de EEGSA, con vigencia entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2013¹⁸⁶, sobre la base del estudio de Sigla¹⁸⁷.
225. El estudio de Sigla adoptó la fórmula del factor de recuperación de capital (FRC) establecida en los Términos de Referencia y, por ello, depreció el VNR en un 50%¹⁸⁸. Por otro lado, el estudio de Sigla utilizó los precios de 2006 en vez de utilizar los precios disponibles de 2007¹⁸⁹. También Sigla adoptó un método diferente para determinar la densidad de demanda en el área de distribución de EEGSA¹⁹⁰.
226. El estudio de Sigla calculó un VNR de US\$465,3 millones (lo que implicaba un VAD de US\$85 millones). Dicho VNR era inferior al VNR que se había calculado para el período tarifario 2003-08, que correspondía a US\$583,7 millones¹⁹¹.
227. El 1 de agosto de 2008, EEGSA interpuso recursos administrativos contra las Resoluciones 144-2008, 145-2008 y 146-2008¹⁹². El 12 de agosto, inició una acción de amparo contra la Resolución 3121¹⁹³.

¹⁸⁴ Anexos C-284 y C-288.

¹⁸⁵ Anexo C-272.

¹⁸⁶ Anexos C-273 y C-274.

¹⁸⁷ Anexo C-272.

¹⁸⁸ Anexo C-267, Etapa D, p. 2; *ibid.* Etapa G, p. 3; CER-2, §§ 13, 119, 122.

¹⁸⁹ Anexo C-267, Etapa D, p. 1; *ibid.* Etapa G, p. 1.

¹⁹⁰ Ver Anexos C-267, Etapa A, p. 55, y C-246, discrepancia A.2, p. 17; Declaración CWS-1, §§ 23-26.

¹⁹¹ Réplica, § 56.

¹⁹² Anexos C-285, C-286 y C-287.

¹⁹³ Anexo C-291.

228. Durante el mes de agosto de 2008, EEGSA se reunió sin éxito con la CNEE, así como con funcionarios del Gobierno de Guatemala, para intentar llegar a un acuerdo respecto de las tarifas aplicables¹⁹⁴.
229. El 20 de agosto de 2008, el MEM rechazó los recursos administrativos interpuestos contra las Resoluciones 144-2008, 145-2008 y 146-2008¹⁹⁵. El fundamento de la decisión del MEM fue que las resoluciones no estaban dirigidas a un particular sino que eran actuaciones de carácter general aplicables a todos los consumidores del servicio de distribución de energía eléctrica de EEGSA¹⁹⁶.
230. EEGSA comenzó a facturar según las nuevas tarifas el 21 de agosto de 2008¹⁹⁷.
231. El 26 de agosto de 2008, EEGSA presentó un segundo amparo constitucional contra la Resolución CNEE 144-2008.
232. El 15 de mayo de 2009, el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil concedió el amparo de EEGSA contra la Resolución CNEE 144-2008¹⁹⁸, y el 31 de agosto de 2009, el Juzgado Octavo de Primera Instancia Civil concedió el amparo contra la Resolución 3121 de la CNEE y requirió a la CNEE para que emitiese una nueva resolución que garantice el derecho de defensa y los principios del debido proceso y de legalidad, y *“debiéndose permitir que la Comisión Pericial conformada, concluya con el propósito para el cual fue creada”*¹⁹⁹.
233. Posteriormente, la CNEE apeló estas decisiones judiciales y, el 18 de noviembre de 2009, la Corte de Constitucionalidad, mediante una decisión por mayoría, revocó la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, poniendo fin al planteamiento judicial contra la Resolución 144-2008²⁰⁰.
234. Dicha decisión, en sus partes pertinentes, expresa lo siguiente:

“Pretender que la Comisión Pericial pudiera tener una función dirimente de un conflicto y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante, es contrario al decantado principio de legalidad que es característico del Estado de Derecho, y esto resulta porque si bien el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíba (artículos de la Constitución) la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculte (artículo 154 ibídem), de tal manera que atendidos estrictamente a

¹⁹⁴ Demanda, §§ 200-203; Declaraciones CWS-5, § 23 y CWS-6, §§ 61-62; Anexo C-292.

¹⁹⁵ Anexos C-293, C-294, y C-295.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Demanda, § 204.

¹⁹⁸ Anexo C-328.

¹⁹⁹ Anexo C-330.

²⁰⁰ Anexo C-331.

la Ley General de Electricidad, la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y de ninguna manera, directa o indirectamente, a una comisión pericial, cuya naturaleza ha sido considerada.

[...]

Entender que los miembros encargados del estudio pericial tuvieran aún otra función o que su informe tuviera naturaleza vinculante, contraviene lo preceptuado en el artículo 154, párrafo tercero, de la Constitución, que prohíbe la delegación de funciones, a menos que la misma estuviere autorizada por una ley, lo cual no resulta del tenor de la Ley General de Electricidad, que no contiene ninguna disposición que transfiera a la Comisión Pericial la potestad de establecer o dictar el pliego tarifario para el quinquenio.

Es evidente que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, al no tener obligación para vincularse al pronunciamiento de la Comisión Pericial, ningún agravio infiere a su contraparte al resolver la disolución de la pericial, habida cuenta que su cometido había sido terminado y, por consiguiente, el derecho al debido proceso impetrado en la acción de amparo que aquí se examina, ha sido observado en todas sus fases. Esa competencia de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de establecer los pliegos tarifarios es una legítima potestad atribuida por la Ley General de Electricidad, con lo que realiza una función del Estado, y que, para su ejercicio, tiene el referente que le indican los artículos 60, 61, 71 y 73 de la citada ley, que debe moderar cualquier extralimitación discrecional, puesto que aluden a conceptos verificables de que tales tarifas “correspondan a costos estándares de distribución de empresas eficientes”, que se estructuren “de modo que promuevan la igualdad de tratamiento a los consumidores y la eficiencia económica del sector”, que “el Valor Agregado de Distribución corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia”, y, asimismo, que el “costo de operación y mantenimiento corresponderá a una gestión eficiente de la red de distribución de referencia”. Se estima que la fijación de tarifas, cuando el informe de la Comisión Pericial no ha sido aceptado como válido para orientar esa política, no puede ser, dentro de su discrecionalidad, ruinosa ni irracionalmente arbitraria, habiendo los referentes o indicadores de operadores eficientes, como el que condicionó en el artículo 2 transitorio de la Ley

respectiva, que hizo alusión a “valores usados en otros países que apliquen similar metodología”.

Sin embargo, la racionalidad de los pliegos tarifarios aprobados no fue denunciada como agravio ni tampoco objeto de prueba de la presente acción de amparo, sino únicamente fue centrado en el concepto de debido proceso legal, que ya fue analizado precedentemente (parágrafo a) del apartado VI de la parte considerativa.”²⁰¹

235. En una segunda decisión, del 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad revocó la decisión del Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil y consideró que la disolución de la Comisión Pericial no pudo ser perjudicial para EEGSA, ya que dicho informe no era vinculante para la CNEE. La decisión reza lo siguiente:

“Cabe advertir que en la Ley General de Electricidad (artículas [sic] 75 y 77), así como en su respectivo Reglamento (artículos 98 tercer párrafo [sic] y 98 bis), se encuentra determinado el procedimiento de conformación de la Comisión Pericial, los plazos para integrarla y para que ésta se pronuncie sobre los puntos objeto de su conocimiento, siendo éstos las discrepancias surgidas en relación al estudio tarifario con base a los términos de referencia fijados. En el caso de marras, la citada Comisión Pericial se conformó según lo dispuesto en la Ley de la materia y su reglamento, y estando dentro del plazo establecido, emitió su pronunciamiento respecto de las discrepancias encontradas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica entre el estudio tarifaría [sic] remitido por la hoy amparista y los términos de referencia previamente dictados por la hoy autoridad recurrida. Al efecto, cabe señalar que no se advierte, tanto en la Ley que regula la materia como en su respectivo Reglamento, [sic] —única normativa aplicable al caso dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente— norma alguna que atribuya a la Comisión Pericial otra función más allá que la de su pronunciamiento sobre las discrepancias ya referidas. En tal virtud, con la entrega de su respectivo pronunciamiento, la Comisión Pericial cumplió con la función que la Ley de la materia y su respectivo Reglamento, le encomendaran para el efecto. Por lo que al haberse agotado su función legal, no tratándose de una Comisión de tipo permanente, sino más bien de carácter temporal, cuya función dictaminadora, según la ley, deba servir para la definición tarifaría [sic]

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 18 y ss.

por la autoridad competente para ello, no teniendo ya ninguna otra intervención en el procedimiento, según la Ley, ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de aquélla, siendo que el proceder de la autoridad impugnada se ciñó al procedimiento establecido en la Ley y Reglamento que regulan la materia. [...]

Al respecto, esta Corte considera oportuno, tal y como lo hizo al pronunciarse en cuanto al tema en cuestión [...], enfatizar lo relativo a la naturaleza del dictamen pericial de marras, en el sentido que “la pericia, como sabiduría, práctica, experiencia o habilidad en una ciencia y arte, ha sido tradicionalmente un auxilio al que acude la autoridad que debe tomar una decisión respecto de determinada materia. Constituye un auxiliar para ilustrar la mejor decisión, aunque, según la legislación común y la práctica jurídica guatemalteca, se entiende que los conocimientos científicos y técnicos no aportan juicios en sí, sino elementos para orientar la decisión de quien tiene o en quien descansa la autoridad. De ahí que ésta no tiene obligación de sujetarse al dictamen de los peritos [...]. Por otro lado, esta Corte, en cuanto a los alcances de dictámenes de esta naturaleza, con anterioridad se ha pronunciado en el sentido que: “en cuanto a su alcance el dictamen no obliga al órgano asesorado, esto respecto de aquellos que la doctrina sitúa ya sea en la categoría de facultativo —que es aquel que la Administración no está obligada a requerir— o la de obligatorio —que es el que debe recabarse necesariamente por disponerlo expresamente la ley—, más no así aquél que es el denominado vinculante, del cual la ley impone la obligación de producir y a cuyas conclusiones tiene que conformarse la voluntad administrativa. [...]

En tal virtud, y con base en las consideraciones antes realizadas, atribuirle a la Comisión Pericial de mérito la función de dirimir el conflicto existente entre la amparista y la autoridad recurrida y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante, y más aún, reconocerle la facultad de aprobación de los estudios tarifarios, tal y como la Corte resolviera en su oportunidad, resultaría contrario al decantado principio de legalidad, característico del Estado de Derecho y atentatorio al principio de función pública sujeta a la ley, pues según disponen la Ley General de Electricidad [...] compete a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como único ente responsable, la fijación de las tarifas de distribución y la aprobación de los estudios tarifarios [...], lo que constituye una

función pública, que a tenor de lo que para el efecto establece el artículo 154 de la Norma Suprema, es indelegable.

[...]

En la legislación y normativa aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, se establece que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica revisará los estudios efectuados por el distribuidor y en caso de discrepancias, acordará el nombramiento de una Comisión Pericial, la que se pronunciará sobre las discrepancias en un plazo de sesenta días contados desde su conformación. El respectivo Reglamento establece que en caso de omisión por parte del distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (ente gubernamental de Derecho Público) quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio efectuado independientemente o realizando las correcciones a los estudios efectuados por el distribuidor.

Sobre esta base, de acuerdo a lo considerado, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, no ha proferido agravio alguno a la amparista, al resolver la disolución de la Comisión Pericial y haber continuado con el procedimiento de fijación de los pliegos tarifarios de mérito, siendo que dicha competencia —que constituye una función estatal—, como ya se ha expuesto, es una legítima potestad atribuida a dicho ente por la Ley General de Electricidad, de acuerdo a lo que para el efecto establecen los artículos 60, 61, 71 y 73 de la misma.”²⁰²

7. La venta de las acciones de Teco en EEGSA

236. A mediados de 2010, la sociedad colombiana EPM indicó a Iberdrola su interés en comprar EEGSA. Teco y sus socios entraron en negociaciones para vender DECA II a EPM y, luego de algunas semanas de negociaciones, el 6 de octubre de 2010, EPM envió al Consorcio una oferta vinculante para adquirir DECA II por US\$605 millones²⁰³. La porción del precio que correspondería a Teco por su participación del 30% en DECA II sería de US\$181,5 millones²⁰⁴.

²⁰² Anexo C-345, pp. 15-17.

²⁰³ Anexo C-352.

²⁰⁴ Declaración CWS-2, § 11.

237. El 21 de octubre de 2010, el Consorcio y EPM cerraron la venta de DECA II por la suma fijada en la oferta de EPM, del 6 de octubre de 2010²⁰⁵.

V. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE JURISDICCIÓN

A. Resumen de la posición de la Demandada

238. La Demandada sostiene que 1) el Demandante plantea un mero desacuerdo regulatorio relativo a la interpretación de normas de derecho guatemaltecas cuya interpretación no corresponde a este Tribunal Arbitral sino a los tribunales de Guatemala, los cuales ya lo han decidido. Según la Demandada, 2) el Demandante no puede servirse de un mecanismo internacional para presentar una apelación a las decisiones del máximo tribunal de Guatemala y únicamente podría presentar una reclamación internacional de denegación de justicia, pero ello no ha ocurrido y tampoco ha sido alegado por el Demandante. Por último, 3) la Demandada se refiere a la decisión del tribunal arbitral en el caso *Iberdrola*.

1. La reclamación de Teco es un mero desacuerdo regulatorio

239. Guatemala sostiene que la reclamación del Demandante se refiere esencialmente a un desacuerdo respecto de la forma en que el regulador de Guatemala interpretó y aplicó el marco regulatorio en el proceso de revisión de las tarifas para el período 2008-13²⁰⁶.

240. Aunque el Demandante también se refiere a las reformas del artículo 98 del RLGE de 2007 y 2008, en realidad no basa sus reclamaciones en dichas reformas legislativas. Lo que el Demandante sostiene es que dicha disposición, según fue modificada en 2007, fue incorrectamente aplicada por la CNEE. Por otro lado, Teco nunca antes se quejó de la reforma de 2007 en este arbitraje y dicha reclamación estaría actualmente prescrita. Respecto de la reforma de 2008, el Demandante reconoce que no se le aplicó, por lo que no pudo causarle perjuicios²⁰⁷.

241. La reclamación del Demandante se circunscribe, por ende, a la interpretación por parte de la CNEE del marco regulatorio de Guatemala relativo a las funciones de la Comisión Pericial y las responsabilidades del regulador para aprobar el VAD y la

²⁰⁵ Anexo C-356.

²⁰⁶ Dúplica, § 38.

²⁰⁷ Contestación, § 59; Dúplica, § 41.

tasa de retorno de EEGSA sobre la base de un estudio tarifario elaborado por su propia consultora, en lugar de sobre un estudio elaborado por la consultora del distribuidor²⁰⁸.

242. La Demandada alega que dichos desacuerdos regulatorios no pueden dar lugar a reclamaciones bajo el Tratado, pues la CNEE tiene el derecho y la obligación de interpretar la ley y adoptar posiciones respecto de las cuestiones que son de su competencia. La propia LGE y su reglamento establecen que la CNEE es la responsable de cumplir y hacer cumplir dichas leyes²⁰⁹, y en particular prevén que la CNEE es responsable de “*definir las tarifas de transmisión y distribución [...] así como la metodología para el cálculo de las mismas*” y conducir el proceso de revisión tarifaria²¹⁰.
243. Aunque el regulador se hubiese equivocado en su interpretación del marco regulatorio, ello no puede ser considerado una violación de un tratado internacional, en particular cuando los propios tribunales locales se han manifestado respecto de tales diferencias²¹¹.
244. El Demandante comprendió que sus diferencias respecto del marco regulatorio debían plantearse ante los tribunales de Guatemala. El Demandante y EEGSA recurrieron los Términos de Referencia de abril de 2008 ante los tribunales guatemaltecos y obtuvieron una medida de amparo provisional. El Demandante también planteó sus diferencias respecto del procedimiento de fijación de las tarifas ante las cortes de Guatemala, y en particular sobre la interpretación del rol de la Comisión Pericial; dichos recursos fueron admitidos y tramitados por las cortes de Guatemala, pero en última instancia la Corte de Constitucionalidad decidió estas cuestiones a favor de la CNEE.
245. El 18 de noviembre de 2009, la Corte de Constitucionalidad decidió sobre el carácter vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial y sobre el alcance de la controversia sobre las facultades del regulador para fijar tarifas en base al estudio sobre el VAD de su propia consultora. La Demandada resume el razonamiento esgrimido por la Corte a este respecto en las decisiones de la siguiente manera: “(a) *La CNEE es la única entidad facultada para aprobar las tarifas y no está autorizada a delegar esta función; (b) La Comisión Pericial tiene la sola función de emitir un*

²⁰⁸ Contestación, §§ 55 y 78; Dúplica, §§ 40 y ss.

²⁰⁹ Contestación, § 56.

²¹⁰ *Ibid.*, § 57; LGE arts. 4 (c), 61 y 71.

²¹¹ Contestación, § 112.

pronunciamiento en caso de discrepancias entre el estudio del VAD presentado por el distribuidor y los Términos de Referencia dictados por la CNEE; (c) Una vez que ha emitido su pronunciamento, el ordenamiento no prevé ninguna otra función adicional para la Comisión Pericial; (d) Además, de acuerdo con la naturaleza consultiva de los dictámenes periciales en el derecho de Guatemala y la responsabilidad de la CNEE en la adopción de las tarifas, el pronunciamento de la Comisión Pericial no puede tener carácter vinculante; y (e) La Corte concluye afirmando el carácter reglado de la función de la CNEE de aprobar las tarifas, que deben reflejar los criterios fijados en la ley, en concreto los costos, incluido el costo de capital”²¹².

246. Y en la sentencia del 24 de febrero de 2010, la Demandada afirma que la Corte de Constitucionalidad determinó que “(a) la regulación no otorga a la Comisión Pericial otra función que la de pronunciarse sobre las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor; (b) la disolución de la Comisión Pericial cuando ésta ya había emitido su pronunciamento no puede causar agravio a EEGSA; y (c) el pronunciamento de la Comisión Pericial no puede ser vinculante, de acuerdo con la naturaleza consultiva de los dictámenes de peritos en derecho guatemalteco y la obligación y responsabilidad indelegable de la CNEE respecto a la adopción de las tarifas, de acuerdo con los principios de legalidad y de función pública”²¹³.

2. El Demandante no puede presentar ante el Tribunal Arbitral una apelación a las decisiones de los tribunales de Guatemala, solo podría presentar una reclamación por denegación de justicia pero no lo ha hecho

247. Según Guatemala, el Demandante ahora pretende plantear ante el Tribunal Arbitral una apelación sobre dichos aspectos, lo que, sin embargo, no es posible, tal como lo han establecido varios tribunales arbitrales de inversiones²¹⁴. El Demandante solo

²¹² Contestación, § 125; Dúplica, § 49 (b).

²¹³ Contestación, § 126; Dúplica, § 49 (a).

²¹⁴ Contestación, §§ 79-83, y Dúplica, §§ 62 y ss., citando *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, caso CIADI n.º ARB(AF)/001, Laudo, 9 de enero de 2003 (CL-4), § 190 (en lo sucesivo “Laudo ADF”); *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (RL-2), § 99; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (CL-46), § 12 (en lo sucesivo “Laudo Waste Management”); *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-42) (en lo sucesivo “Laudo Saluka”); *Generation Ukraine c. Ucrania*, caso CIADI n.º ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003 (RL-6) (en lo sucesivo “Laudo Generation Ukraine”); *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Caso LCIA n.º UN3481, (en lo sucesivo “EnCana c. Ecuador”), Laudo, 3 de febrero de 2006 (RL-9), § 194; *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB(AF)/99/1, Laudo Final, 16 de diciembre de 2002 (RL-5), §§

podría presentar una reclamación internacional si alegase y probase que se produjo una denegación de justicia, lo cual no ha sido alegado por dicha parte²¹⁵.

248. Al producirse un desacuerdo entre un regulador y las entidades reguladas, la obligación del Estado consiste en asegurar que sus tribunales locales procuren en sus actuaciones respetar el debido proceso y que no dictarán resoluciones arbitrarias. Solo cuando esto no suceda quedará comprometida la responsabilidad internacional del Estado, pues la conducta de Guatemala no se limita a la actuación de la CNEE sino que incluye la actuación de sus tribunales²¹⁶.

249. Al respecto, la Demandada sostiene que el Demandante únicamente alega que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad fueron incorrectas o erróneas y alude a que dichas decisiones “*parecen haber sido influenciadas por consideraciones políticas*” pero sin aportar demostración, fundamento o prueba alguna para dichas afirmaciones²¹⁷.

250. Al contrario, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala otorgó plena oportunidad al Demandante para explayar sus argumentaciones, y dictó decisiones razonadas y fundamentadas. Por otro lado, la Corte de Constitucionalidad ha demostrado su independencia del poder político en numerosas oportunidades²¹⁸.

3. La decisión en el caso *Iberdrola*

251. La Demandada afirma que su posición respecto de la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral viene apoyada por la decisión del tribunal del caso *Iberdrola*²¹⁹.

252. El caso *Iberdrola* es idéntico al presente caso en cuanto a los hechos. Sobre los mismos hechos, el Tribunal Arbitral decidió que se trataba de una reclamación de derecho guatemalteco y no de derecho internacional y que para poder conocer tales reclamaciones “*tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia*”. En consecuencia, luego de desechar la

134, 140; *GAMI Investments Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CNUDMI, Laudo definitivo, 15 de noviembre de 2004 (RL-7), § 100; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, caso CIADI n.º ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (RL-10) (en lo sucesivo “Laudo *Parkerings-Compagniet*”), §§ 315-317; *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, caso CIADI n.º ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (RL-34) (en lo sucesivo “Laudo *Iberdrola*”), §§ 369-372 y 418-421.

²¹⁵ Contestación §§ 113-118.

²¹⁶ *Ibid.*, §§ 113 y 117.

²¹⁷ Dúplica, § 45.

²¹⁸ Contestación, § 128 y nota al pie 120.

²¹⁹ Laudo *Iberdrola*, *supra* nota al pie 214.

reclamación de denegación de justicia, el tribunal del caso *Iberdrola* denegó tener jurisdicción para decidir el caso²²⁰.

253. La Demandada también hace notar que el caso *Iberdrola* se basaba en el TBI entre España y Guatemala, según el cual el estándar autónomo de obligación de trato es más exigente que el estándar mínimo internacional aplicable en el presente caso. A pesar de ello, el tribunal consideró que las reclamaciones no debían resolverse a la luz del derecho internacional²²¹.

B. Resumen de la posición del Demandante

254. De acuerdo con Teco, **1)** la reclamación se refiere a una violación del Tratado y no es un mero desacuerdo regulatorio. En cualquier caso **2)** el Demandante sostiene que el sustento de sus reclamaciones es algo que debe decidirse en el fondo. Teco también sostiene que **3)** no está limitada a plantear una reclamación por denegación de justicia y que **4)** la decisión del caso *Iberdrola* no es relevante para la jurisdicción de este Tribunal Arbitral.

1. La reclamación de Teco se refiere a una violación del Tratado y no es un mero desacuerdo regulatorio

255. Las objeciones a la jurisdicción del Demandante son infundadas y deben rechazarse, pues el Demandante no opone un mero desacuerdo regulatorio. Tampoco pretende que el Tribunal Arbitral actúe como una corte de apelaciones extraordinaria. Lo que el Demandante reclama es una revisión de la actuación de Guatemala durante la reforma tarifaria del período 2008-13, respecto de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de Teco sobre la base del artículo 10.5 del Tratado²²².

256. El Demandante no pretende que el Tribunal Arbitral actúe como ente regulatorio o tribunal extraordinario de tercera instancia. De hecho, Teco no solicita al Tribunal Arbitral decidir si las decisiones de la Comisión Pericial eran correctas. Tampoco pretende que lleve a cabo una nueva revisión tarifaria del período 2008-13, ni que analice decisiones de los tribunales guatemaltecos. Lo que Teco plantea en este arbitraje es que Guatemala tenía la obligación internacional de someterse a las

²²⁰ Dúplica, § 60.

²²¹ *Ibid.*, § 61.

²²² Dúplica sobre Jurisdicción, § 3.

decisiones de la Comisión Pericial, independientemente de que dichas decisiones fueran técnicamente adecuadas bajo el derecho guatemalteco. Lo que el Tribunal Arbitral debe decidir es si Guatemala actuó de forma contradictoria con sus acciones previas, en violación de las expectativas legítimas del Demandante, o de manera arbitraria y de mala fe al recalcular el VAD de EEGSA para el período 2008-13. También se le pide al Tribunal Arbitral que decida si se produjo una modificación fundamental en el marco legal y regulatorio y, por tanto, se produjo un incumplimiento de las obligaciones de la Demandada en virtud del Tratado²²³.

2. Las reclamaciones de Tecu se resolverán en la etapa sobre el fondo

257. De acuerdo con el Demandante, al analizar su jurisdicción, el Tribunal Arbitral no necesita establecer que las reclamaciones sean correctas en cuanto al fondo. Basta con que establezca si los hechos alegados por el Demandante, en caso de resultar ciertos, son susceptibles de enmarcarse en las provisiones del Tratado²²⁴. Esta forma de proceder viene avalada por una sucesión larga y consistente de decisiones arbitrales²²⁵. El Demandante sostiene que su reclamación y los hechos del caso cumplen con el requisito señalado, pues, de resultar ciertos, implicarían una violación del Tratado²²⁶.

258. A pesar de que la Demandada hizo referencia a numerosas decisiones para apoyar sus alegatos de falta de jurisdicción²²⁷, no ha podido citar una sola decisión en la que un tribunal arbitral declinara su jurisdicción en circunstancias como las del presente

²²³ Réplica, §§ 8, 246 y ss.; Dúplica sobre Jurisdicción, § 14.

²²⁴ Réplica, § 284; Dúplica sobre Jurisdicción, §§ 9 y ss.

²²⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n.º ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (CL-84) (en lo sucesivo “Decisión *Bayindir*”), § 197; *Telefónica S.A. c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/03/20, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de mayo de 2006 (CL-96) (en lo sucesivo “Decisión *Telefónica*”), § 56; *Oil Platforms Claims Tribunal Iran-US*, CIJ, 803, 856, Fallo sobre objeción preliminar, 12 de diciembre de 1996 (CL-63), § 32; *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, caso CIADI n.º ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de marzo de 2007 (CL-93), §§ 85-86; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI n.º ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004 (CL-69), § 157; *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN capítulo 11), Primer Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 (CL-64), §§ 116-121; *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*, caso CIADI n.º ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005 (CL-66), §§ 118-119; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n.º ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (CL-59), §§ 193-197; *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI n.º ARB/07/21, Laudo, 6 de noviembre de 2008 (RL-11), §§ 69-71; *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, caso CIADI n.º ARB/02/13, Laudo, 13 de enero de 2006 (CL-67), §§ 137-151; *Noble Energy Inc. y Machala Power Cia. Ltd. c. República de Ecuador y Consejo General de Electricidad*, caso CIADI n.º ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008 (CL-65), §§ 150-153; *Desert Line Projects, LLC c. República de Yemen*, caso CIADI n.º ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008 (CL-61), §§ 129-132.

²²⁶ Dúplica sobre Jurisdicción, § 13.

²²⁷ Contestación, §§ 79-112.

caso²²⁸, lo cual demuestra que la decisión sobre si únicamente se trata de un desacuerdo regulatorio o si se trata de una violación del Tratado es una cuestión que debe decidirse en el fondo y no puede sustentar una objeción sobre la jurisdicción²²⁹.

3. El Demandante no tiene limitaciones para plantear una denegación de justicia

259. En contra de lo que afirma la Demandada, las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no despojan al Tribunal Arbitral de su competencia ni limitan al Demandante para formular una reclamación por denegación de justicia²³⁰.

260. De hecho, dichas decisiones no tienen efecto de cosa juzgada respecto del Demandante, ya que las pretensiones formuladas en este procedimiento son diferentes a las promovidas en el arbitraje Iberdrola. Las partes involucradas tampoco son las mismas. Por otro lado, el hecho de que un tribunal local haya declarado que la actuación de la CNEE fue legítima no excluye su responsabilidad internacional, pues está plenamente establecido que un Estado no puede ampararse en las disposiciones de su propio derecho interno para soslayar sus obligaciones internacionales²³¹.

4. La decisión del tribunal arbitral del caso *Iberdrola* no es relevante para analizar la jurisdicción del Tribunal Arbitral en este caso

261. El Demandante también sostiene que la decisión adoptada por el tribunal en el caso *Iberdrola*²³² no es relevante, por la forma diferente en que fue planteado aquel caso²³³.

262. Además, el Demandante afirma que la decisión en el caso *Iberdrola* incurrió en error al afirmar que el tribunal no tenía jurisdicción para conocer cuestiones de derecho nacional en un contexto regulatorio, pues los tribunales de inversiones frecuentemente tienen que resolver cuestiones de derecho nacional para determinar si se ha incumplido un tratado de inversiones²³⁴.

²²⁸ Réplica, § 283.

²²⁹ *Ibid.*, § 286.

²³⁰ Dúplica sobre Jurisdicción, § 7.

²³¹ *Ibid.*, § 7.

²³² Laudo *Iberdrola*, *supra* nota al pie 214.

²³³ Dúplica sobre Jurisdicción, §§ 4, 25 y ss.

²³⁴ *Ibid.*, §§ 5, 31 y ss., citando *Ioannis Kardossopoulos c. Georgia*, caso CIADI n.º ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 (CL-88), § 145; *Asian Agricultural Products Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, caso CIADI n.º ARB/87/3, Laudo Final, 27 de junio de 1990 (CL-82), § 21; *Total S.A.*

263. Finalmente, Teco alega que, en el caso *Iberdrola*, el tribunal arbitral no analizó ni consideró las reclamaciones relativas a las legítimas expectativas. En el presente caso, no puede decirse que los argumentos de Teco en relación con sus legítimas expectativas consistan en un mero desacuerdo regulatorio sobre el derecho guatemalteco. De hecho, según el Demandante, este es un aspecto que no depende en absoluto de la correcta interpretación de las leyes de Guatemala²³⁵.

VI. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO

A. Posición del Demandante

264. Según el Demandante, **1)** Guatemala violó el artículo 10.5 del Tratado, al no otorgar a Teco un trato justo y equitativo respecto de su inversión, con el objetivo de imponer un VAD injustificadamente bajo a EEGSA, y al hacerlo **2)** causó daños al Demandante que deben ser indemnizados.

1. Guatemala violó su obligación según el artículo 10.5 del Tratado

265. El Demandante sostiene que Guatemala violó su obligación de trato justo y equitativo, por una parte, **a)** al modificar fundamentalmente el marco legal y regulatorio, en contra de sus declaraciones, y así frustrar las legítimas expectativas de Teco, y, por otra parte, **b)** al haber incurrido en acciones injustas y arbitrarias durante el proceso de revisión tarifaria del período 2008-13, con la intención de controlar dicho proceso y su resultado. Según Teco, **c)** las acciones de la Demandada constituyen violaciones del artículo 10.5 del Tratado.

c. República Argentina, caso CIADI n.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (CL-70) (en lo sucesivo “Decisión Total”), § 39; *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003 (CL-83), § 95; *EDF International S.A., SAUR International S.A. & León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (CL-86), §§ 994-1051; *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, caso CIADI n.º ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (CL-92), § 235, citando el Laudo *Waste Management, supra* nota al pie 214; *PSEG Global Inc. y Konya Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, caso CIADI n.º ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (CL-37), §§ 246-248; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (CL-95), §§ 164-166.

²³⁵ Dúplica sobre Jurisdicción, § 43.

a) La modificación fundamental del marco regulatorio y la violación de las legítimas expectativas del Demandante

266. Teco sostiene que Guatemala hizo declaraciones al Demandante dirigidas a lograr que hiciera inversiones en el sector eléctrico del país, y que tras haber obtenido el beneficio de un elevado precio por las acciones de EEGSA, la Demandada frustró las legítimas expectativas de Teco.
267. En contra de lo alegado por la Demandada, los Estados son responsables por frustrar las expectativas legítimas del inversor²³⁶ y la protección de las expectativas legítimas es un aspecto fundamental de la obligación de brindar un trato justo y equitativo en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario²³⁷.
268. En relación con el alegato de Guatemala de que Teco no existía al momento de producirse la privatización de EEGSA, el Demandante afirma que Teco forma parte del mismo grupo de compañías que adquirió EEGSA originalmente, y que la adquisición en 2005 únicamente consistió en una transacción interna dentro del grupo. Además, según Teco, las compañías involucradas compartían prácticamente todos los funcionarios y directores²³⁸. Por las razones anteriores el Demandante sostiene que Teco compartía las expectativas de las demás empresas del mismo grupo²³⁹.
269. Sobre la violación de sus legítimas expectativas, Teco afirma que Guatemala, a través de las previsiones específicas de la LGE y el RLGE²⁴⁰, así como de las manifestaciones hechas durante el *road show*²⁴¹ y mediante el Memorándum de Venta²⁴² para promover la venta de acciones de EEGSA, hizo y seguidamente defraudó las siguientes declaraciones: *i*) que el VAD sería calculado sobre la base de un estudio encomendado por el distribuidor; *ii*) que el VAD sería calculado sobre la base del VNR de una red de distribución de una compañía modelo eficiente, y *iii*) que, en caso de surgir controversias entre EEGSA y la CNEE sobre el estudio del VAD, dicha controversia sería resuelta por una comisión pericial independiente.

²³⁶ Demanda, §§ 245-258; Réplica, § 254.

²³⁷ Réplica, § 255, citando *BG Group c. República Argentina*, caso CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 (CL-9) (en lo sucesivo “Laudo *BG Group*”), § 310, el cual cita a su vez el Laudo *Waste Management supra* nota al pie 214, § 98, y el Laudo *Generation Ukraine supra* nota al pie 214, §§ 20 y 37.

²³⁸ Réplica, §§ 67-68; Declaración CWS-11, §§ 10- 11; Anexos C-324, C-526, C-527, C-543, C-428, C-459, C-461, C-464, C-471, C-526, C-469, y C-472.

²³⁹ Réplica, § 68.

²⁴⁰ Anexos C-17 y C-21.

²⁴¹ Anexo C-28.

²⁴² Anexo C-29.

i. El VAD sería calculado sobre la base del estudio presentado por el distribuidor

270. En diversas oportunidades, la Demandada hizo manifestaciones según las cuales el VAD sería calculado por una consultora designada por el distribuidor²⁴³.
271. El artículo 74 de la LGE prevé específicamente que los componentes del VAD deberán ser calculados por el distribuidor a través de un estudio elaborado por una de las firmas precalificadas por la CNEE.
272. El Memorándum de Venta también declaraba que los VAD deberían ser calculados por los distribuidores a través de estudios que deberían encomendar a firmas de ingeniería²⁴⁴.
273. Teco sostiene que esta declaración implicaba una garantía esencial para el inversor al asegurarle que desempeñaría un rol importante en la fijación del VAD. Esto formaba parte esencial del equilibrio que estableció la LGE entre el distribuidor y el regulador en el proceso de revisión de las tarifas²⁴⁵.
274. La Demandada, sin embargo, modificó el artículo 98 de la LGE en 2007 dando la opción a la CNEE, en determinados casos, de establecer el VAD sobre la base de un estudio preparado por su propia consultora, en lugar de un estudio del distribuidor²⁴⁶.
275. Según el Demandante, dicha reforma era contraria a la representación de Guatemala de que el establecimiento del VAD se haría a partir de un estudio proporcionado por el Distribuidor, lo cual implicaba un sistema de contrapesos entre la autoridad reguladora y los distribuidores para que las tarifas fuesen establecidas sobre la base de criterios técnicos y objetivos²⁴⁷. Además, Teco afirma que la reforma fue inconstitucional, pues modificó por vía reglamentaria una disposición de jerarquía legal²⁴⁸.
276. Teco sostiene que, a pesar de la ilegalidad de dicha modificación, decidió no impugnarla en 2007 pues, por una parte consideró que la nueva disposición no le sería aplicable ya que EEGSA enviaría a la CNEE a tiempo y de forma completa los estudios de su consultora, y por otra parte porque no quiso enturbiar la relación con

²⁴³ Dúplica sobre Jurisdicción, § 15.

²⁴⁴ Memorándum de Venta, p. 63 (Anexo C-29).

²⁴⁵ Transcripciones, Día 1, 11:34, §§ 7 y ss.

²⁴⁶ Artículo 98, según modificación de 2007, Anexo C-104.

²⁴⁷ Demanda, § 264; Informe CER-1, §§ 20-40.

²⁴⁸ Demanda, § 90; Informe CER-1, § 40.

la CNEE en un momento en que el proceso de revisión tarifaria de 2008 estaba a punto de comenzar²⁴⁹.

277. Esta reforma sirvió de sustento a la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala del 18 de noviembre de 2009, en la que esta última aprobó la decisión de la CNEE de aplicar sus propias tarifas²⁵⁰. De hecho, sin dicha reforma, ninguna disposición de la LGE o el RLGE permitía a la CNEE utilizar su propio estudio del VAD para calcular el VAD de EEGSA a los fines del período tarifario 2008-13²⁵¹.

278. Como resultado, el Demandante alega que esta modificación de la LGE y la forma en que fue interpretada por Guatemala implicaron un desvío sustancial del marco regulatorio en el que Teco había confiado al momento de hacer su inversión²⁵².

279. Por último, en contra de los argumentos de la Demandada, su reclamación relativa a la reforma del artículo 98 del RLGE en 2007 no se encuentra prescrita según el Tratado, pues, según el artículo 10.16 2) b-c) del Tratado, el inversor no tiene la obligación de identificar todas y cada una de las medidas de las que se queja en su carta de intención. En todo caso, el Demandante sí identificó esta reforma en su Solicitud de Arbitraje²⁵³.

ii. La LGE estableció que el VAD se calcularía sobre la base del VNR de una red de distribución de una compañía modelo eficiente

280. El artículo 73 de la LGE prevé que el retorno del distribuidor debe calcularse sobre la base del VNR de una compañía modelo eficiente, y el artículo 79 de la LGE establece que la tasa de actualización debía corresponder a un porcentaje de entre el 7% y el 13% del VNR²⁵⁴.

281. El VNR, que es la base del cálculo del VAD del distribuidor, no puede verse reducido por depreciación, ya que el concepto de valor nuevo de reemplazo es incompatible con un valor depreciado²⁵⁵.

282. El Demandante sostiene que Guatemala incorporó el concepto de compañía modelo en la LGE para poder incrementar el valor de EEGSA durante la privatización²⁵⁶, lo

²⁴⁹ Réplica, § 100.

²⁵⁰ *Ibid.*, §§ 214-215. Anexo C-331, pp. 15-20.

²⁵¹ Dúplica sobre Jurisdicción, § 20; Informes CER-3, § 78; y CER-1, § 67.

²⁵² Dúplica sobre Jurisdicción, § 20.

²⁵³ *Ibid.*, § 23.

²⁵⁴ Demanda, § 261; LGE, art. 79 (Anexo C-17).

²⁵⁵ Demanda, § 33 y nota al pie 104; Anexo C-246.

²⁵⁶ Demanda, § 262; Informe CER-2, §§ 59-64.

que explica por qué el Consorcio pagó US\$520 millones por EEGSA, a pesar de que algunos años antes el Informe PW determinó su valor en US\$13,9 millones²⁵⁷.

283. Después de haber pagado un valor superior al real por los activos de EEGSA, Teco necesitaba recuperar su base de inversión a través de la aplicación de tarifas eléctricas más altas garantizadas por la LGE²⁵⁸.
284. Dicha expectativa fue frustrada a través de la Resolución CNEE-05-2008, que modificó el FRC contenido inicialmente en los Términos de Referencia y dividió en dos el VNR de la empresa modelo. Según Teco, los intercambios entre la CNEE y su consultora demuestran que el cálculo ilegítimo del FRC se ideó con el propósito específico de reducir considerablemente el VAD de EEGSA²⁵⁹.
285. Según Teco, esta disposición violaba la LGE, pues depreciaba a la mitad el valor de una empresa ficticia que debería ser considerada nueva en virtud de la ley.
286. La Comisión Pericial confirmó que el FRC impuesto por la CNEE en los Términos de Referencia era contrario a las disposiciones expresas de la LGE. La CNEE interpretó erróneamente el concepto de VNR establecido en la ley, lo cual tuvo el efecto de dividir a la mitad el retorno que se había prometido a EEGSA²⁶⁰.
287. Teco sostiene además que, debido también a otras irregularidades cometidas por la CNEE, esta última impuso tarifas a EEGSA sobre la base de un VAD que no cumplía con la tasa de retorno esperada²⁶¹.

iii. Los desacuerdos entre el distribuidor y la CNEE sobre el estudio del VAD serían resueltos por una comisión pericial independiente

288. El artículo 75 de la LGE establece que, en caso de discrepancias entre el distribuidor y la CNEE sobre el estudio del VAD, una comisión pericial se pronunciará respecto de dichas discrepancias.
289. Además, al promover la privatización de EEGSA, Guatemala informó en el Memorándum de Venta a los potenciales inversores que “*en caso de discrepancia, se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias*”²⁶².
290. En efecto, los términos de referencia para la revisión tarifaria de 2003 preveían que las discrepancias que persistieran serían “conciliadas” por la Comisión Pericial²⁶³.

²⁵⁷ Demanda, §§ 34, 62, y 271; Informe CER-2, §§ 58, 64 y 65.

²⁵⁸ Demanda, § 262.

²⁵⁹ Réplica, § 51 y nota al pie 239, §§ 116, 138-140.

²⁶⁰ Réplica, § 116 y nota al pie 624; Anexo C-246, p. 92.

²⁶¹ Demanda, § 221 y nota al pie 843.

²⁶² Anexo C-29, p. 49.

291. La CNEE también afirmó, en noviembre de 2003, durante un procedimiento judicial ajeno al presente arbitraje, que “[e]n caso de discrepancias, de conformidad con el artículo 98 del [RLGE] y el [artículo] 75 de la [LGE], se conformará una Comisión Pericial para que resuelva sobre [las discrepancias] en un plazo de 60 días”²⁶⁴.
292. En la presentación de Tecu, el argumento de la Demandada de que las decisiones de la Comisión Pericial eran solo a efectos consultivos y no eran vinculantes queda desacreditado por la conducta de Guatemala. De hecho, de haber sido así, Guatemala no hubiera intentado interferir en el nombramiento del presidente de la Comisión Pericial e influenciar al Sr. Jean Riubrugent²⁶⁵. La posición de la Demandada de que la CNEE tenía discrecionalidad para calcular unilateralmente el VAD, independientemente de las decisiones de la Comisión Pericial, también sería contradictoria con su argumento de que el artículo 98 bis, que implementó la posibilidad de que el Gobierno nombrara al presidente de la Comisión Pericial, resultaba necesario para evitar demoras indefinidas en el cálculo del VAD del distribuidor²⁶⁶.
293. Los argumentos de Guatemala en el sentido de que la misión de la Comisión Pericial se limitaba a constatar la existencia de discrepancias o que la utilización del verbo “pronunciar” en la LGE implicaba que la Comisión Pericial únicamente podía expresar una opinión no vinculante son oportunistas. Guatemala recién adoptó dicha posición una vez que constató que la resolución de la Comisión Pericial implicaba un aumento del VAD de EEGSA.
294. Tanto el significado específico del término “pronunciarse” en un contexto legal²⁶⁷ como el sentido lógico que tiene dicha provisión en la LGE y las otras declaraciones hechas por Guatemala indican que la Comisión Pericial tenía la autoridad para resolver las disputas entre el distribuidor y la CNEE de manera vinculante.
295. Estas declaraciones eran relevantes para el inversor, pues las facultades otorgadas a la Comisión Pericial garantizaban un método justo, despolitizado y eficiente para resolver las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor²⁶⁸.

²⁶³ Demanda, § 278.

²⁶⁴ Escrito de contestación de la CNEE sobre inconstitucionalidad 1782-2003, del 10 de noviembre de 2003, (C-81), Esquema, p. 6.

²⁶⁵ Réplica, §§ 138-140; Dúplica sobre Jurisdicción, § 17.

²⁶⁶ Dúplica sobre Jurisdicción, § 22, en referencia a Dúplica, §§ 212-213.

²⁶⁷ Réplica, § 43; Anexo C-50; Informes CER-1, § 76 y CER-3, § 38.

²⁶⁸ Demanda, § 44.

296. En violación de las múltiples declaraciones hechas por Guatemala y la CNEE, la CNEE decidió hacer caso omiso al informe de la Comisión Pericial y, en cambio, impuso un VAD basado en un estudio preparado por su propia consultora, Sigla, el cual nunca fue conocido ni analizado por EEGSA ni por su consultora²⁶⁹.
297. En la presentación de Teco se observa que solo tras conocer la decisión adversa de la Comisión Pericial, la CNEE concibió el argumento de que la función de la Comisión Pericial se limitaba a constatar los desacuerdos entre la CNEE y el distribuidor. Lo hizo para justificar su decisión de disolver la Comisión Pericial, ignorar su informe y fijar un VAD sobre la base del informe de Sigla²⁷⁰.
298. El Demandante también sostiene que, en sus decisiones del 18 de noviembre de 2009 y del 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no interpretó correctamente el marco regulatorio aplicable. De acuerdo con Teco, dichas decisiones son tan desprovistas de motivos y contrarias a la ley que solo puede concluirse que estaban motivadas por el interés político de impedir un aumento de las tarifas eléctricas, tal como lo muestra la declaración del presidente de Guatemala y tío del presidente de la CNEE, el Sr. Álvarez Colom, en la que afirmó que la reducción de las tarifas había sido un logro de su administración²⁷¹.

b) Guatemala llevó a cabo la revisión tarifaria de 2008 de mala fe y de forma abiertamente arbitraria

299. La reclamación de Teco también se fundamenta en que la Demandada llevó a cabo la revisión tarifaria del período 2008-13 de manera injusta y arbitraria, con la intención de manipular el proceso y controlar el resultado de la revisión tarifaria.
300. Los argumentos del Demandante a este respecto se refieren a *i*) la emisión de los Términos de Referencia, que incluían provisiones ilegales, *ii*) el rechazo injustificado del estudio de Bates White, *iii*) los intentos de manipulación del funcionamiento de la Comisión Pericial, *iv*) la disolución unilateral de la Comisión Pericial antes de terminar su labor, y *v*) el acoso de los directivos de EEGSA.

i. La emisión de los Términos de Referencia para la revisión de 2008

301. El Demandante sostiene que la CNEE redactó los Términos de Referencia para el período 2008-13 de manera que condujesen a una reducción del VAD y le otorgasen

²⁶⁹ Demanda, § 268.

²⁷⁰ Réplica, §§ 158-164; Dúplica sobre Jurisdicción, § 18; Anexo C-547.

²⁷¹ Transcripción, Día 1, p. 59, §§ 17 y ss.; Anexo C-604.

a la CNEE el derecho de intervenir e incluso detener los estudios en caso de no estar de acuerdo con ellos, todo lo cual era contrario a lo dispuesto en las disposiciones pertinentes de la LGE y el RLGE²⁷².

302. El artículo 1.9 de los Términos de Referencia era particularmente discutible, pues daba cierta discrecionalidad a la CNEE para considerar que el estudio del distribuidor no había sido entregado, en el sentido del recién establecido artículo 98 del RLGE, en caso de que faltara cualquier sección del estudio, o incluso si, a juicio de la CNEE, dicho estudio no se adaptaba a los Términos de Referencia, o estaba incompleto. Según el Demandante, esta provisión le permitiría a la CNEE ignorar el estudio del distribuidor y aplicar un estudio propio cada vez que no le gustara el estudio presentado por el distribuidor²⁷³.

303. Teco impugnó dichos Términos de Referencia, y solo retiró su recurso luego de que la CNEE accediera a modificarlos e incluir dos provisiones esenciales: el artículo 1.8, según el cual el distribuidor podría hacer solamente las correcciones del estudio que considerara apropiadas, y el artículo 1.10, que establecía que los Términos de Referencia solo eran directrices sujetas a la LGE y sus regulaciones y que el distribuidor podría dejar de aplicar los Términos de Referencia en caso de que considerara que contravenían la LGE²⁷⁴.

ii. El rechazo injustificado del estudio de Bates White

304. El Demandante alega que la CNEE se negó a aceptar por motivos fútiles varias etapas del estudio de Bates White, y así entorpeció y retrasó el procedimiento normal.

305. Guatemala utilizó excusas banales, como la falta de firma de un directivo de EEGSA en la carta que acompañaba las etapas del estudio o la falta de designación oficial de la consultora de EEGSA, para no aceptar los estudios de etapa de Bates White²⁷⁵.

306. Finalmente, luego de haber opuesto varios obstáculos a la admisión de los informes de etapa y de haber presentado varias correcciones a ellos, la CNEE decidió que en la versión del estudio de VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 subsistían discrepancias, convocó la formación de una comisión pericial y estableció las discrepancias por resolver. Sin embargo, al referirse a esto en su Resolución

²⁷² Demanda, § 266; Informe CER-2, §§ 41-45; Declaraciones CWS-3, §§ 15-18 y CWS-6, §§ 8-9.

²⁷³ Demanda, § 99; Informe CER-1, §§ 41-43.

²⁷⁴ Demanda, §§ 106-107; Réplica, §§ 107-109.

²⁷⁵ Demanda, §§ 113 y ss.; Réplica, §§ 117 y ss.

96-2008, la CNEE distorsionó la presentación de las discrepancias existentes al incluir aspectos del estudio de Bates White que no había objetado anteriormente y que Bates White no había podido, por tanto, ni corregir ni contestar.

iii. Los intentos de manipulación del funcionamiento de la Comisión Pericial por parte de la CNEE

307. La Demandada intentó manipular el funcionamiento de la Comisión Pericial por diferentes vías: mediante la adopción del artículo 98 bis del RLGE; mediante intentos de definir que sería la CNEE quien verificase, en última instancia, si la consultora cumplió con las decisiones de la Comisión Pericial, y mediante el mantenimiento de contactos indebidos con el miembro de la Comisión Pericial nombrado por la CNEE, Jean Riubrugent.

- *La adopción del artículo 98 bis del RLGE*

308. Luego de haber convocado a la Comisión Pericial, Guatemala añadió el artículo 98 bis al RLGE, el cual le permitía nombrar al tercer miembro de la Comisión Pericial en contra de lo dispuesto por el artículo 75 de la LGE.

309. Según el Demandante, aunque esta disposición no fue aplicada por la CNEE porque EEGSA podría haber impugnado su retroactividad, su adopción demuestra el intento de la CNEE de controlar de forma indebida, arbitraria e injusta el procedimiento de revisión tarifaria en violación de las expectativas legítimas de Teco de que la revisión tarifaria se hiciese de manera justa y despolitizada²⁷⁶.

- *El intento de que la CNEE decidiera sobre la incorporación de las decisiones de la Comisión Pericial en el estudio de la consultora*

310. Durante las negociaciones para establecer las Reglas Operativas de la Comisión Pericial, la CNEE intentó reservarse la última palabra para verificar la implementación de las decisiones de la Comisión Pericial en el estudio de Bates White, lo que le permitiría manipular el resultado del proceso²⁷⁷.

311. Se llegó a un acuerdo a este respecto entre EEGSA y la CNEE para incluir el artículo 12 de las Reglas Operativas. Según el artículo 12, la Comisión Pericial tendría la función de revisar el cumplimiento del estudio del VAD con las decisiones

²⁷⁶ Réplica, § 249.

²⁷⁷ Demanda, § 267.

de la Comisión Pericial. Las Reglas Operativas fueron comunicadas al presidente de la Comisión Pericial²⁷⁸.

- Las comunicaciones indebidas con el perito nombrado por la CNEE

312. El Demandante sostiene que, en contra de lo establecido en la LGE, según la cual los peritos debían ser imparciales e independientes, y en las Reglas Operativas, que prohibían todo contacto *ex parte* con los miembros de la Comisión Pericial, la CNEE se mantuvo en contacto con su perito durante todo el proceso y lo instruyó para que se adoptaran las decisiones que le convenían²⁷⁹.

313. En particular, Teco sostiene que los correos electrónicos intercambiados entre la CNEE y el Ing. Riubrugent muestran que la CNEE había ideado con su consultor un cálculo ilegítimo del FRC con el fin específico de reducir el VAD, y luego le brindó al perito designado por ella, el Ing. Riubrugent, los materiales para respaldar la postura de la CNEE dentro de la Comisión Pericial²⁸⁰.

iv. La disolución de la Comisión Pericial

314. Una vez que la Comisión Pericial había dictado su informe y la CNEE había verificado que dicho informe implicaría un aumento del VAD, la CNEE disolvió la Comisión Pericial sin permitirle examinar y aprobar las correcciones efectuadas al estudio de Bates White. La CNEE no observó el artículo 12 de las Reglas Operativas que habían acordado las partes. Además, la CNEE amenazó a su experto, el Sr. Riubrugent, con el fin de convencerlo de no participar en la revisión del estudio corregido de Bates White²⁸¹.

315. Finalmente, la CNEE hizo caso omiso del informe de la Comisión Pericial, así como de las manifestaciones de los ingenieros Bastos y Giacchino, según las cuales Bates White había corregido su estudio en cumplimiento del informe, y en cambio impuso un VAD basado en un estudio preparado por su consultora, Sigla, el cual nunca fue conocido ni analizado por EGGSA ni su consultora²⁸².

316. En consecuencia, se fijaron tarifas irrazonablemente bajas para el período 2008-13. Dichas tarifas fueron fijadas de forma arbitraria y enteramente a discreción de la

²⁷⁸ *Ibid.*, §§ 137 y ss.

²⁷⁹ Réplica, §§ 139-140.

²⁸⁰ *Ibid.*, § 4; Anexos C-494 y C-496.

²⁸¹ Demanda, § 268.

²⁸² *Ibid.*

CNEE, en violación de las disposiciones de la LGE y de las legítimas expectativas de Teco²⁸³.

317. Las tarifas fijadas por la CNEE resultaban económicamente inviables para Teco, quien se vio obligada a vender sus acciones en EEGSA por un precio significativamente inferior a su valor y con una pérdida considerable²⁸⁴.

v. *El acoso de los directivos de EEGSA*

318. El Demandante alega que, luego de haberse llevado a cabo la revisión tarifaria de 2008, la Demandada llevó a cabo acciones para acosar a los directivos de EEGSA, que llevaron a que tuvieran que abandonar Guatemala²⁸⁵.

319. En particular, el 26 de agosto de 2008, la Procuraduría de Guatemala solicitó al juzgado penal que dictara órdenes de arresto contra dos gerentes de EEGSA, entre ellos, el Sr. Maté, por acusaciones que carecían de fundamentos. Las órdenes fueron emitidas por el juzgado el 29 de agosto de 2008. Aunque dicha orden de arresto fue suspendida unos días más tarde por un amparo provisional emitido por el juzgado penal, el Sr. Maté, quien se encontraba fuera del país en ese momento, decidió no regresar²⁸⁶.

320. Teco también señala que el 1 de septiembre de 2008, mientras que el Sr. Calleja estaba dando declaraciones en un programa de radio sobre las acciones ilícitas de la CNEE y las graves consecuencias económicas para EEGSA, forzaron su vehículo y le robaron su computadora portátil. Luego de este incidente, el Sr. Calleja también decidió abandonar Guatemala junto con su familia²⁸⁷.

c) Las acciones de Guatemala son violatorias de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a Teco

321. Teco afirma que Guatemala violó su obligación de otorgarle a su inversión un trato justo y equitativo *i)* al haber modificado sustancialmente el marco regulatorio, frustrando las legítimas expectativas del Demandante, y *ii)* al haber actuado de forma arbitraria, ilegal y de mala fe durante el procedimiento de revisión tarifaria de 2008.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Réplica, §§ 217-219.

²⁸⁵ *Ibid.*, §§ 208 y ss.

²⁸⁶ Demanda, § 205; Anexo C-299; Declaración CWS-6, §§ 70-71.

²⁸⁷ Demanda, § 206; Declaración CWS-3, § 55.

i. *Modificación sustancial del marco regulatorio y frustración de las legítimas expectativas del Demandante*

322. El Demandante alega que, al igual que en el caso *Media Council en CME c. República Checa*, las acciones de la CNEE no pueden considerarse como parte del ejercicio normal de facultades reglamentarias en observancia y aplicación de la ley. Por el contrario, la CNEE modificó sustancialmente el marco regulatorio que había sido establecido para atraer a los inversores, y en el que Tecu había confiado al hacer su inversión²⁸⁸.
323. Todo accionar del Estado en violación de las declaraciones específicas realizadas con miras a inducir la inversión es una violación de la obligación mínima de trato²⁸⁹. En contra de las alegaciones de Guatemala, y tal como establecieron todos los tribunales constituidos en virtud del TLCAN y otros tratados de inversión que abordan el tema, las legítimas expectativas del inversor gozan de protección²⁹⁰.
324. Tecu admite que la protección de las expectativas legítimas no se refiere a meras esperanzas subjetivas y que las expectativas deben ser analizadas de manera objetiva, verificando si el Estado hizo manifestaciones específicas en las que un inversor razonable se hubiese basado para hacer su inversión²⁹¹.
325. Dichas manifestaciones pueden hacerse a través de leyes, reglamentos o políticas declaradas por el Estado. También pueden emanar de prospectos o memorandos de venta en casos de una privatización, aunque dichos documentos no hayan sido preparados por el Estado si se emitieron en su nombre²⁹².
326. La Secretaría General del CIADI afirmó que “[l]a mayor parte de los antecedentes señala que no es necesario que un compromiso o una promesa estén específicamente dirigidos al inversor y que la confianza en declaraciones públicas o condiciones de

²⁸⁸ Demanda, § 269.

²⁸⁹ Transcripción, Día 1, p. 66, §§ 16-22, citando *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, Caso CIADI n.º ARB/03/16 (en lo sucesivo “*ADC c. Hungría*”) y *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI n.º ARB/04/19 (en lo sucesivo “*Duke Energy c. Ecuador*”).

²⁹⁰ Réplica, § 254, citando *ADC c. Hungría*, *supra* nota al pie 289, Laudo, 2 de octubre de 2006 (CL-3), § 424; Laudo *BG Group*, *supra* nota al pie 237, §§ 295 y 310; Laudo *Waste Management*, *supra* nota al pie 214, § 98; *Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 (CL-25) (en lo sucesivo “*Laudo Thunderbird*”); *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (CL-23) (en lo sucesivo “*Laudo Glamis Gold*”); *Duke Energy c. Ecuador*, *supra* nota al pie, 289, §§ 337 y 340.

²⁹¹ Transcripción, Día 1, pp. 68, § 24 - p. 69, § 15.

²⁹² Réplica, § 259, §§ 265-266.

*mercado ampliamente conocidas es suficiente para la generación de expectativas en el inversor*²⁹³.

327. En consecuencia, si el Estado cambia fundamentalmente sus regulaciones o políticas, ya sea mediante reformas a las regulaciones vigentes o mediante la adopción de una interpretación nueva y diferente de ellas, se verían frustradas las legítimas expectativas del inversor y se violará la obligación de trato justo y equitativo. El Demandante sostiene, apoyándose en la decisión *Total*²⁹⁴, que si bien la obligación de trato justo y equitativo no funciona como una cláusula de estabilidad, ni impide al Estado cambiar sus leyes, en el caso de inversiones de larga duración, la regulación debe proveer un marco definido para las operaciones futuras. El concepto de equidad regulatoria o certeza regulatoria resulta aplicable, y el Estado no puede por tanto cambiar su régimen regulatorio de manera que impida al inversor recuperar su inversión y obtener beneficios razonables²⁹⁵.
328. El Demandante alega que Guatemala no garantizó un entorno legal y de negocios estable y predecible, pues ignoró el sistema de contrapesos establecido por la LGE y el RLGE al desconocer el informe de la Comisión Pericial y el estudio corregido de Bates White, y alteró de manera fundamental el entorno legal y de negocios bajo el cual Teco había invertido en EEGSA²⁹⁶.

ii. Prohibición de actuaciones arbitrarias, ilegales y groseramente injustas

329. El Demandante sostiene que la obligación de otorgar trato justo y equitativo, tal y como ha sido entendida en prácticamente todas las decisiones arbitrales en el contexto del TLCAN o del Tratado, prohíbe conductas arbitrarias groseramente irregulares, injustas o idiosincráticas, y conductas que exhiban una completa falta de transparencia y candor en un procedimiento administrativo.
330. Diversos tribunales han establecido que, aunque no es necesario demostrar la existencia de mala fe para poder establecer una violación del deber mínimo de trato,

²⁹³ Ibid., § 258, citando a Kinneer M., “The Continuous Development of the Fair and Equitable Treatment Standard” en *Investment Treaty Law, Current Issues III* (2009), A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky (comps.) (CL-73), p. 228.

²⁹⁴ Decisión *Total*, *supra* nota al pie 234, § 122.

²⁹⁵ Réplica, § 260.

²⁹⁶ Demanda, § 270.

si se prueba que el Estado actuó de mala fe, ello establece que se ha violado la norma²⁹⁷.

331. Las acciones de Guatemala infringieron “*un sentido de justicia, equidad y sensatez*”, en violación del estándar establecido por el tribunal TLCAN en *Merrill v. Ring*²⁹⁸, y por lo tanto “*constituyen una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política [la de la LGE], o de otro modo subvierte [sic] gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto*”²⁹⁹.

332. Según Tecu, al igual que en el caso *Biwater Gauff c. Tanzania*, el incumplimiento de Guatemala de “*establecer un ente regulador independiente e imparcial, aislado de toda influencia política, configura un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo por cuanto representa una desviación de la expectativa legítima [del inversor]*”³⁰⁰.

2. Los daños

333. Tecu sostiene que el hecho de que la CNEE haya fijado un VAD excesivamente bajo para el período 2008-13 le ha ocasionado importantes perjuicios y, en particular, pretende ser indemnizada por **a)** los flujos de efectivo perdidos que habrían sido generados por su inversión si EEGSA hubiera podido cobrar el VAD que le correspondía entre el 1 de agosto de 2008, fecha en que la CNEE impuso las tarifas, y el 21 de octubre de 2010, fecha en que Tecu vendió su participación en EEGSA, y **b)** la diferencia entre el valor de mercado real de las acciones de Tecu en EEGSA en octubre de 2010 con el VAD aprobado por la CNEE y el valor que estas habrían tenido si Guatemala no hubiera incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado. Además, Tecu reclama **c)** intereses compuestos anteriores y posteriores al laudo a una tasa del 8,8%³⁰¹.

334. Según el Demandante, la indemnización que otorgue el Tribunal Arbitral debe ser integral, es decir, debe compensar los perjuicios ocasionados por el hecho

²⁹⁷ Transcripción, pp. 65 y ss., citando *Alex Genin y otros c. República de Estonia*, Caso CIADI n.º ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 (RL-3) (en lo sucesivo “Laudo *Genin*”); Laudo *Glamis Gold*, *supra* nota al pie 290.

²⁹⁸ Demanda, § 280; CL-29, § 210.

²⁹⁹ Demanda, § 280; CL-12, § 293.

³⁰⁰ Demanda, § 280; CL-10, § 615.

³⁰¹ Escrito Posterior a la Audiencia del Demandante, § 202.

internacionalmente ilícito y restablecer el *statu quo* que habría existido si ese hecho no hubiese sido cometido³⁰².

a) Los beneficios perdidos entre agosto de 2008 y octubre de 2010

335. Respecto de los beneficios perdidos por Teco entre el 1 de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010, el Demandante afirma que corresponden a la diferencia entre los resultados históricos reales y la proyección de flujos de caja hecha por el perito Kaczmarek en caso de que se hubiese aplicado el informe final corregido de Bates White³⁰³.

336. El perito Kaczmarek utilizó los estados contables actuales y proyectados de EEGSA para calcular la pérdida de flujo libre de efectivo de la compañía³⁰⁴, y calculó que la pérdida de flujos de efectivo de EEGSA entre el 1 de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010 fue de US\$87 millones³⁰⁵. En consecuencia, la pérdida de Teco, considerando su participación del 24,3% en dicha empresa, fue de US\$21.100.552³⁰⁶.

b) La pérdida de valor de las acciones de EEGSA como consecuencia de las acciones de Guatemala

337. Para determinar la pérdida de valor de las acciones de EEGSA, el perito Kaczmarek calculó el valor de dicha empresa en el escenario actual, es decir, con tarifas fijadas según los valores establecidos en el estudio de Sigla (“**valor actual**”), y lo comparó con el valor que tendría la empresa en el caso de que las tarifas se hubieran fijado de acuerdo con el estudio final corregido de Bates White (“**valor contrafáctico**”)³⁰⁷.

338. Kaczmarek calculó ambos valores mediante tres métodos diferentes, el método de descuento de flujo de cajas (“**DFC**”), el de empresas abiertas comparables y el método de operaciones comparables. Seguidamente el perito asignó a cada método de valoración una determinada ponderación según el nivel de confianza que le merecía. Así, otorgó 60% al DFC, 30% al método de empresas abiertas comparables y 10% al de operaciones comparables³⁰⁸.

³⁰² Demanda, § 281; *Chorzow Factory*, CPJI., Ser. A. n.º 17, 1928, (CL-15).

³⁰³ Demanda, §§ 284-286.

³⁰⁴ Informe CER-2, § 155.

³⁰⁵ Informe CER-5, p. 9, Cuadro 3. El perito Kaczmarek concluyó que el flujo de efectivo en el escenario contrafáctico era de US\$170 millones, al cual debía restarse el flujo de efectivo en el escenario real de US\$83 millones, para obtener la cantidad de flujo perdido: US\$87 millones.

³⁰⁶ Informe CER-5, § 141, Cuadro 14.

³⁰⁷ Demanda, §§ 283-286.

³⁰⁸ *Ibid.*, § 296; Informe CER-2, § 218.

339. Sobre la base de dichos cálculos, el perito del Demandante concluyó que el valor actual de EEGSA era de US\$562,4 millones y su valor contrafáctico, de US\$1479,3 millones³⁰⁹.
340. Seguidamente el perito Kaczmarek sustrajo US\$87,6 millones de deuda neta de EEGSA a partir del 21 de octubre de 2010, y concluyó que la inversión de capital del Demandante, considerando su porcentaje de 24,26% de participación accionaria en la empresa, ascendía a US\$115.198.529 y US\$337.683.311 en los escenarios actual y contrafáctico, respectivamente. Por tanto, la pérdida de Teco como consecuencia de la disminución del valor justo de mercado de sus acciones en EEGSA asciende a US\$222.484.783³¹⁰.

c) Respuesta a las críticas del perito de la Demandada

341. Teco sostiene que los argumentos del perito de la Demandada para criticar las referencias hechas por el Sr. Kaczmarek a empresas comparables³¹¹ y el uso del método de operaciones comparables son incorrectos³¹².
342. El tamaño de la muestra empleado por Kaczmarek de hecho incluía 12 empresas y 9 operaciones, mientras que los profesionales de mayor reconocimiento sostienen que una muestra de entre 4 y 7 empresas puede brindar un alto grado de confianza³¹³.
343. Por otra parte, Teco rechaza la alegación de Guatemala de que la ponderación de los diversos métodos fue arbitraria y orientada a los resultados³¹⁴, y sostiene que el procedimiento para asignar las ponderaciones se basó en criterios objetivos. El Sr. Kaczmarek tenía motivos legítimos para asignar mayor ponderación a las empresas u operaciones más similares a EEGSA³¹⁵.
344. Respecto de las críticas sobre que el perito del Demandante subestimó los gastos de capital, el Demandante señala que, al calcular el valor de EEGSA, su perito proyectó correctamente los gastos reales de capital de EEGSA³¹⁶ en lugar de aquellos de una empresa modelo, que es lo que representan las cifras de gasto de capital del estudio de Bates White³¹⁷.

³⁰⁹ Réplica, § 303; Informe CER-5, § 140, Cuadro 13.

³¹⁰ Informe CER-5, §§ 140-141.

³¹¹ Informe RER-1, § 73.

³¹² Réplica, §§ 292 y ss.

³¹³ *Ibid.*, § 293.

³¹⁴ Informe RER-1, §§ 72-76.

³¹⁵ Réplica, § 294; Informe CER-2, § 108.

³¹⁶ Informe CER-2, § 40, Gráfico 9.

³¹⁷ Réplica § 296, Informe CER-5, § 43.

345. Teco también alega que el perito de Guatemala se equivoca en el cálculo del monto de gastos de capital del estudio de Bates White, pues suma los gastos de capital y la porción del retorno del capital del VAD. La proyección de gastos de capital que dicho perito calculó para EEGSA no guarda relación alguna ni con los gastos de capital de la propia EEGSA ni con los montos de gastos de capital de otras empresas de distribución comparables³¹⁸.
346. Por otra parte, el Demandante sostiene que el perito de la Demandada no utilizó el estudio de Bates White para calcular el valor contrafáctico de EEGSA, sino que se basó en el modelo del Sr. Damonte, el cual no incorpora todas las decisiones de la Comisión Pericial³¹⁹. El Demandante sostiene que no tiene sentido calcular el valor de EEGSA en el escenario contrafáctico en un modelo que no acepta las decisiones de la Comisión Pericial³²⁰.
347. Respecto del valor de Teco en el escenario real, el Demandante coincide en que el precio real de la operación correspondiente a la empresa objeto de la valuación es la prueba más confiable de su valor real, sin embargo, en este caso la venta era de DECA II y no solamente de EEGSA, y el precio pagado por EPM no especifica el precio pagado por EEGSA, por esa razón el Demandante consideró más apropiado hacer la valoración mediante otros métodos tradicionales³²¹.

d) Razonabilidad de la valoración de los expertos del demandante

348. De acuerdo con el Demandante, las siguientes tres pruebas adicionales muestran que la valoración realizada por su experto es razonable³²².

i. La tasa interna de retorno (“TIR”) respecto del costo de capital propio

349. En ambos escenarios, actual (0,6%) y contrafáctico (7,7%), la TIR es inferior al costo de capital propio real (11,01%)³²³.

³¹⁸ Réplica, § 297, Informes CER-2, § 40, Gráfico 9 y CER-5, §§ 39-41, Gráfico 2.

³¹⁹ Réplica, § 299; Contestación, § 603. Por ejemplo, el perito Damonte se abstuvo de incorporar la decisión de la Comisión Pericial respecto del FRC, y prefirió crear su propia fórmula. Mientras que la fórmula de la Comisión Pericial permitía a EEGSA obtener un retorno sobre el 81% del VNR, la fórmula del perito Damonte deprecia la base de capital en 30%.

³²⁰ Réplica, §§ 299 y ss.

³²¹ *Ibid.*, § 302.

³²² Informe CER-2, §§ 155-156.

³²³ Demanda, § 300; Réplica, § 304.

ii. *Los VNR calculados por Bates White y Sigla*

350. Según el perito Kaczmarek, la valuación de EEGSA puede cotejarse con su VNR de EEGSA, el cual debería aproximarse al valor justo de la empresa. Sostiene que solo existía una diferencia del 6% entre el valor de EEGSA en el escenario contrafáctico respecto del VNR calculado por Bates White, y que la valoración de EEGSA en el escenario real era inferior al VNR determinado por Sigla, pues esta última empleó el FRC de la CNEE que reducía el retorno sobre capital de EEGSA³²⁴.

iii. *El precio de venta por el cual EPM compró DECA II*

351. Teco recibió US\$181,5 millones por su participación en DECA II, y mediante el análisis del valor asignado a cada empresa de DECA II, según el cual EEGSA representaba un 62,2% del valor de DECA II, el Demandante alega que puede inferirse que EEGSA tenía un valor de US\$498 millones³²⁵.

e) Intereses

352. El artículo 10.26 1) del Tratado contempla el otorgamiento de daños pecuniarios y de los “intereses que procedan”. El Demandante sostiene que deben otorgarse intereses compuestos anteriores y posteriores al laudo a una tasa del 8,8% hasta la fecha del cumplimiento efectivo de las obligaciones³²⁶.

353. El perito de la Demandada, el Dr. Abdala, reconoció en la audiencia que esto configuraría una tasa de interés adecuada anterior al laudo para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 21 de octubre de 2010, dado que se corresponde con el promedio ponderado del costo de capital (WACC, por sus siglas en inglés) de EEGSA de aquel momento³²⁷.

354. El Demandante argumenta que la misma tasa de interés debería aplicarse desde la fecha de la venta de EEGSA hasta la fecha del laudo, puesto que TECO vendió su participación en EEGSA como resultado de las medidas adoptadas por la Demandada durante el proceso de revisión tarifaria del período 2008-13.

355. De acuerdo con el Demandante, esta misma tasa de interés debería aplicarse también a los intereses posteriores al laudo, dado que no existe razón alguna, tal como indica

³²⁴ Demanda, §§ 302 y ss.; Informe CER-2, §§ 234-235.

³²⁵ Demanda, § 305; Informe CER-2, § 241.

³²⁶ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 202.

³²⁷ *Ibid.*; Transcripción, Día 6, p. 1587, §§ 7-13.

el perito Kaczmarek, para diferenciar entre la tasa aplicable antes y después del laudo³²⁸.

356. Según lo reconocen los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de derecho internacional, los intereses deben devengarse hasta la fecha en la que se haya cumplido la obligación de pago³²⁹.
357. Los intereses se deben capitalizar en forma anual, ya que actualmente se reconoce ampliamente que “*la práctica habitual de los tribunales de tratados de inversión ha cambiado hacia la adjudicación de intereses compuestos cuando fueren solicitados por el demandante*”³³⁰.
358. El Demandante se opone a la pretensión de la Demandada de que se aplique una tasa libre de riesgo similar a la que se aplica a los bonos soberanos estadounidenses³³¹. De hecho, esta no sería una tasa razonable desde el punto de vista comercial, pues los agentes comerciales no pueden acceder a ella. Según Teco, la Demandada no cita un solo caso en que un tribunal arbitral haya ordenado el pago de intereses capitalizados a la tasa libre de riesgo³³².
359. El Demandante también rechaza el argumento de Guatemala de que los intereses luego de la venta de EEGSA deberían computarse a la tasa libre de riesgo pues desde entonces el Demandante ya no estuvo expuesto al riesgo de operar la compañía. Según Teco, dicha circunstancia es indiferente pues EEGSA se valoró descontando los flujos de fondos futuros proyectados de dicha empresa a su costo de capital³³³.

B. Posición de la Demandada

360. Según la Demandada, **1)** la disputa entre las Partes en este arbitraje se refiere a una diferencia de opiniones respecto de la aplicación del marco regulatorio del sector de la electricidad en Guatemala, la cual no se encuentra cubierta por el estándar mínimo

³²⁸ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 202; Transcripción, Día 6, p. 1599, §§ 17-20.

³²⁹ Demanda, § 309.

³³⁰ *Ibid.*, § 311, citando a Elihu Lauterpacht y Penelope Neveill, “*The Different forms of Reparation: Interest*”, en *The Law of International Responsibility* 618 (2010) (CL-51); F. A. Mann “*Compound Interest as an Item of Damage in International Law*”, 21 U.C. DAVIS L. J. 577, 586 (1988) (CL-52); *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (CL-30), § 128; *Cargill Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI n.º ARB(AF)/05/2, Laudo, 1_ de septiembre de 2009 (CL-12) (en lo sucesivo “*Laudo Cargill*”), § 544; *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002 (CL-36), § 90; *Gemplus S.A., SLP S.A. y Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Casos CIADI n.º ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 (CL-22), §§ 16-26.

³³¹ Informe RER-1, §§ 108-111.

³³² Réplica, § 318.

³³³ *Ibid.*, § 320.

de trato según el Tratado. La Demandada, sin embargo, dio contestación a las imputaciones específicas hechas por el Demandante respecto a 2) la alegada frustración de sus legítimas expectativas, y 3) la alegada injusticia y las acciones arbitrarias cometidas por Estado en el proceso de revisión tarifaria. Por último, 4) Guatemala se refirió a la reclamación de indemnización por daños del Demandante.

1. El estándar mínimo de trato del Tratado no cubre las reclamaciones de Tecu

361. El estándar aplicable es el estándar mínimo de trato en virtud del derecho internacional, de acuerdo con el artículo 10.5 del Tratado. Guatemala sostiene que el Demandante tiene la carga de probar cual es la “*práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal*” para poder dar contenido al nivel mínimo de trato, pero no ha cumplido con dicha carga³³⁴.
362. Para ser considerada una violación al estándar mínimo de trato internacional, la conducta del Estado debe ser particularmente grave contra los intereses del inversor, tal como lo han decidido diversos tribunales arbitrales constituidos en el marco del TLCAN u otros tratados³³⁵.
363. El estándar de nivel mínimo de trato internacional reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados, por lo tanto, no se aplica a las disputas que surgen de supuestas irregularidades presuntamente contrarias al derecho interno, cuya determinación queda reservada para los tribunales locales³³⁶. A pesar de que las acciones de un órgano regulador puedan ser criticables o incluso ilegales en el derecho interno, ello no significa que violen el derecho internacional, pues para ello se exige que se trate de violaciones deliberadas de las obligaciones de dicho órgano o que haya habido acciones gubernamentales ampliamente insuficientes respecto de los estándares internacionales³³⁷.

³³⁴ Contestación, § 463.

³³⁵ *Ibid.*, §§ 464 y ss., citando Laudo *Cargill*, *supra* nota al pie 330, §§ 284-286; Laudo *Glamis Gold*, *supra* nota al pie 290, §§ 616-617; Laudo *Thunderbird*, *supra* nota al pie 290, § 194, Laudo *Genin*, *supra* nota al pie 297, §§ 365 y 367.

³³⁶ Contestación, §§ 468 y ss., citando *SD Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI; *GAMI Investments Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*; *Cargill Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/1; *Alex Genin y otros c. República de Estonia*, Caso CIADI n.º ARB/99/2; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI; *EnCana c. Ecuador*, *supra* nota al pie 214.

³³⁷ Contestación, § 477.

364. La Demandada afirma que el presente caso se refiere a divergencias entre el inversor y el regulador sobre la interpretación del marco regulatorio, y no puede ser considerado un caso de repudiación directa y chocante de la normativa aplicable. Por lo tanto, las reclamaciones del Demandante deben plantearse ante las cortes locales³³⁸.
365. De acuerdo con la posición de Guatemala la violación del derecho interno no infringe el estándar mínimo de trato internacional salvo que se trate de una repudiación manifiesta e injustificada de un derecho y que el agraviado no haya tenido acceso a los tribunales locales de justicia, es decir, que se le haya denegado justicia³³⁹. Sin embargo, la Demandada sostiene que el Demandante ya ha planteado su caso ante las cortes locales de Guatemala, dichos tribunales han estado plenamente disponibles para atender sus reclamaciones, y lo han hecho de manera independiente e imparcial, tal como se desprende de las diversas decisiones favorables obtenidas por el Demandante³⁴⁰. En cualquier caso, el Demandante tampoco ha alegado denegación de justicia en el presente arbitraje³⁴¹.
366. Por último, la doctrina de las expectativas legítimas no se aplica en el contexto del estándar mínimo internacional, como lo demuestran la práctica y la *opinio juris* de los Estados parte en el Tratado³⁴². Guatemala alega que el Demandante no ha dado un solo ejemplo de una violación del estándar mínimo internacional en el que la violación de las expectativas legítimas fue señalada como fundamento de la responsabilidad del Estado³⁴³.
367. De cualquier manera, el estándar autónomo al que se refiere el Demandante, aunque no es el aplicable en este caso, tampoco protege las meras expectativas ordinarias que tiene cualquier inversor de que la autoridad pública no incumplirá su contrato o no cometerá alguna irregularidad bajo la regulación aplicable³⁴⁴.

³³⁸ *Ibid.*, § 479.

³³⁹ *Ibid.*, § 484.

³⁴⁰ Dúplica, § 48.

³⁴¹ Solicitud de Arbitraje, §§ 71 y ss.; Dúplica sobre jurisdicción, §§ 49 y ss.

³⁴² Dúplica, § 172.

³⁴³ *Ibid.*, § 182.

³⁴⁴ *Ibid.*, §§ 183-184, citando Laudo *Parkerings-Compagniet*, *supra* nota al pie 214, §§ 332-333.

2. Las alegadas manifestaciones hechas por Guatemala y las supuestas frustraciones de las legítimas expectativas de Teco

368. La Demandada sostiene que, a diferencia de lo alegado por el Demandante, el marco regulatorio eléctrico bajo el cual Teco hizo su inversión continúa vigente pues, aunque se han producido algunos ajustes en la reglamentación, estos son normales y fueron previstos y aceptados por Teco en los Contratos de Autorización, que no contenían cláusula de estabilidad alguna³⁴⁵.
369. La propia actitud de Teco es incongruente con sus alegatos en el arbitraje, tal como surge de las declaraciones de su gerente general quien, tres meses antes de que se inicie el arbitraje, afirmó que las reglas eran claras y que había certeza en el mercado de Guatemala³⁴⁶.
370. Por otra parte, Guatemala rechaza que Teco pudiera haberse creado expectativas legítimas al momento de la privatización de EEGSA, pues en aquel entonces Teco ni siquiera existía. En efecto, Teco fue creada en 2005 y fue recién en ese entonces que adquirió las acciones de EEGSA, por lo que difícilmente pudo haberse creado expectativas sobre la base de las manifestaciones de Guatemala durante el proceso de privatización³⁴⁷.
371. A pesar de que Teco ha alegado que las acciones de EEGSA pertenecieron siempre al mismo grupo de compañías y las expectativas del grupo se transfirieron a Teco, no es suficiente hacer una simple referencia de participación en un grupo para obviar el análisis de la transmisión de expectativas legítimas. Según Guatemala habría que investigar y demostrar qué expectativas tenía cada sociedad del grupo en relación con la inversión en Guatemala³⁴⁸. El Demandante no ha demostrado que la compañía que adquirió las acciones de EEGSA en 1998 tenía los mismos directivos que Teco³⁴⁹.
372. En cuanto al marco regulatorio y al proceso de fijación de las tarifas, Guatemala contestó a los alegatos del Demandante sobre *a*) la modificación del artículo 98 del RLGE en 2007, *b*) el FRC en los Términos de Referencia de 2008, y *c*) el rol de la Comisión Pericial.

³⁴⁵ Contestación, §§ 560-561, donde se hace referencia a los contratos mediante los cuales se autoriza a EEGSA a distribuir electricidad celebrados los días 15 de mayo de 1998 y 2 de febrero de 1999, véase el párrafo 4 arriba

³⁴⁶ Contestación, § 44.

³⁴⁷ *Ibid.*, §§ 541 y ss.

³⁴⁸ Dúplica, § 178.

³⁴⁹ *Ibid.*, §§ 178-181.

a) La modificación del artículo 98 del RLGE en 2007

373. Guatemala sostiene que, contrariamente a lo que alega el Demandante, la modificación del artículo 98 del RLGE de 2007 no fue una medida gestada políticamente para interferir con la revisión tarifaria de 2008, ni tampoco fue inconstitucional y contraria a la LGE³⁵⁰.
374. La reforma del artículo 98 del RLGE de 2007 tuvo su origen en una reforma de los artículos 98 y 99 del RLGE en 2003, la cual solucionó algunos problemas relativos a los plazos de revisión tarifaria y buscó contemplar la situación en la que, por cualquier razón, el distribuidor no contara con pliegos tarifarios vigentes luego del vencimiento de la tarifa vigente³⁵¹.
375. La reforma del artículo 98 del RLGE de 2007 buscaba corregir la situación indeseable que se podría producir en el caso de que el distribuidor no presentara o no corrigiera su estudio pues, en tales casos, el RLGE lo hubiera premiado con la aplicación de las tarifas anteriores, lo cual podría ser beneficioso para el distribuidor incumplidor, ya que el sistema de empresa eficiente tendía a que el distribuidor redujera periódicamente más los costos, lo que llevaría a una reducción de las tarifas³⁵².
376. En cualquier caso, ni EEGSA ni sus accionistas objetaron antes del presente arbitraje las reformas del RLGE de 2003 ni de 2007³⁵³. De hecho, en vista de que la modificación se realizó en marzo de 2007 y de que el Demandante solo presentó el argumento en su Solicitud de Arbitraje en octubre de 2010, dicha reclamación se encuentra fuera del plazo de tres años que establece el artículo 10.18.1 del CAFTA-RD y por ello está prescrita³⁵⁴.

b) El FRC en los Términos de Referencia de 2008

377. Según la Demandada, el FRC fue establecido por la CNEE en los Términos de Referencia para la revisión de 2008 y EEGSA nunca disputó dicha disposición³⁵⁵. El argumento esgrimido por la consultora de EEGSA, Bates White, según el cual no

³⁵⁰ Contestación, § 260.

³⁵¹ *Ibid.*, §§ 265-266.

³⁵² *Ibid.*, §§ 277 y ss.

³⁵³ *Ibid.*, § 283.

³⁵⁴ Dúplica, § 21 y nota al pie 27.

³⁵⁵ *Ibid.*, § 306.

habían objetado el divisor 2 en dicha fórmula sino que simplemente lo ignoraron porque habían entendido que se trataba de un error, no puede ser admitido³⁵⁶.

378. Además, dicha fórmula fue adoptada en los términos de referencia de todas las demás compañías de distribución eléctrica. A diferencia de EEGSA, otras empresas de distribución eléctrica (DEORSA y DEOCSA) discutieron con la CNEE y llegaron a un acuerdo para reducir la depreciación del 50% al 42,2%³⁵⁷. De hecho, según la Demandada, calcular el retorno sobre una base bruta de depreciación sería contrario a la LGE, los principios básicos de economía regulatoria y la práctica anterior de la CNEE. La bibliografía publicada sobre el tema por el propio Ing. Giacchino también lo consideró así³⁵⁸. La Comisión Pericial compartió esta postura.

c) El rol de la Comisión Pericial

379. La LGE establece únicamente que la Comisión Pericial debía “pronunciarse” sobre las discrepancias entre la CNEE y la consultora del distribuidor, y que tenía un plazo de 60 días para hacerlo.

380. Guatemala sostiene por tanto que *i*) el “pronunciamiento” de la Comisión Pericial no era vinculante y que *ii*) la función de la Comisión Pericial se terminaba al pronunciarse sobre las discrepancias, pues no se preveía ningún procedimiento posterior al pronunciamiento. De cualquier manera, *iii*) el Demandante reitera que estos temas se refieren a la interpretación del derecho interno aplicable, los cuales fueron ya decididos por el tribunal competente.

i. Pronunciamiento no vinculante

381. Los pronunciamientos de la Comisión Pericial respecto de las discrepancias entre la CNEE y la consultora del distribuidor no eran vinculantes, y deben interpretarse como una labor de asesoría técnica en beneficio de la CNEE³⁵⁹.

382. La Demandada recuerda que, de acuerdo con la LGE, corresponde a la CNEE la potestad y la responsabilidad de aprobar las tarifas y hacer cumplir la LGE³⁶⁰.

383. Según Guatemala, esta interpretación se deriva del hecho de que no existe ninguna disposición expresa según la cual el informe de la Comisión Pericial debería tener carácter vinculante a los efectos de determinar el VAD. Al contrario, el término

³⁵⁶ Declaración CWS-4, § 59.

³⁵⁷ Dúplica, § 330; Informes RER-5, § 389 y RER-2, § 192.

³⁵⁸ Contestación, § 399; Dúplica, § 447; Anexo R-87, pp. 104-106.

³⁵⁹ Contestación, §§ 501 y ss.; Informe RER-3, § 48.

³⁶⁰ Contestación § 502; LGE, arts. 4, 60, 61, y 71; RLGE, arts. 3, 82, 83, 92, 93 (3) y 99.

“pronunciarse”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “declararse” o “manifestar la opinión sobre algo”³⁶¹.

384. Por otra parte, según el ordenamiento civil guatemalteco, los dictámenes de peritos siempre tienen naturaleza consultiva. El artículo 3 de la ley de procedimiento contencioso-administrativo establece que ningún órgano técnico puede pronunciarse de manera vinculante³⁶².

ii. Función limitada al pronunciamiento

385. La Demandada sostiene que en ninguna parte de la LGE o del RGLE se establece que la Comisión Pericial debe cumplir otras tareas luego de su pronunciamiento. Tampoco existe ninguna manifestación al respecto en las presentaciones realizadas por Guatemala antes de la privatización, en el acto de constitución de la Comisión Oficial, y tampoco en el contrato establecido entre la CNEE y los miembros de la Comisión Pericial. Por tanto, una vez hecho el pronunciamiento de la Comisión Pericial, la tarea vuelve a la CNEE quien, según la LGE y el RLGE, es quien tiene la autoridad para fijar el VAD de los distribuidores y para establecer los pliegos tarifarios. En ningún momento se establece que la Comisión Pericial pudiera suplantar a la CNEE en estas tareas³⁶³.

iii. Se trata de aspectos de derecho interno que ya han sido decididos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

386. En cualquier caso, la Demandada afirma que tanto el alcance de los pronunciamientos como la extensión de las funciones de la Comisión Pericial son aspectos de interpretación del derecho interno guatemalteco que fueron resueltos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a través de decisiones debidamente motivadas, y luego de un proceso judicial adecuado en el que se respetaron todas las garantías procesales del Demandante³⁶⁴.

387. Finalmente, la Demandada rechaza las alegaciones de Teco según las cuales la decisión de la Corte de Constitucionalidad fue influenciada políticamente. No existe

³⁶¹ Contestación, § 502 (d); Anexo R-154.

³⁶² Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, §§ 161 y ss.; Transcripción, Día 5, p. 1264, §§ 15-19.

³⁶³ Dúplica, §§ 432 y ss.

³⁶⁴ Contestación, §§ 124 y ss.

prueba alguna de dicha influencia y la Corte de Constitucionalidad ha dado muestras en numerosas oportunidades de su independencia³⁶⁵.

3. Sobre la supuesta arbitrariedad e injusticia en la revisión tarifaria de 2008

388. La Demandada sostiene que el Demandante utiliza el término “arbitrario” para reforzar su reclamación pero ni siquiera analiza en qué consistiría la arbitrariedad³⁶⁶. Guatemala niega haber conducido la revisión tarifaria de 2008 de manera arbitraria e injusta, y sostiene que la CNEE únicamente cumplió con su rol, en virtud de la LGE, de establecer los términos de dicha revisión y de verificar los estudios de VAD presentados por los distribuidores³⁶⁷.
389. Tanto las declaraciones de los directivos de Tecoco como de su comprador (EPM), así como de los demás agentes extranjeros que actúan en el mercado de la electricidad de Guatemala, y las propias cifras de inversión extranjera en el país corroboran que el sistema no es arbitrario y que existe seguridad jurídica adecuada en Guatemala³⁶⁸.
390. En particular, la Demandada contestó a las alegaciones del Demandante con respecto a *a)* los Términos de Referencia para la revisión tarifaria de 2008, *b)* el estudio de Bates White y el empleo del estudio de Sigla para calcular el VAD de EEGSA, *c)* el artículo 98 bis del RLGE, *d)* las alegadas Reglas Operativas de la Comisión Pericial, *e)* los supuestos contactos indebidos entre la CNEE y el perito Riubrugent, y *f)* el supuesto de acoso a los directivos de EEGSA.

a) Los Términos de Referencia para la revisión tarifaria de 2008

391. Guatemala señala que los términos de referencia aplicables a la anterior revisión tarifaria del período 2003-08 asignaban igual o mayores facultades de control a la CNEE, y EEGSA los aceptó en ese momento sin ninguna objeción³⁶⁹. En particular la parte del artículo 1.9 que establece que la “*CNEE también podrá considerar como no recibido el Estudio Tarifario si, a su propio juicio y previo concepto del CT, los Informes y Planillas mencionados en los anteriores puntos omitiesen los resultados solicitados en los presentes TdR de tal forma que pudiese considerarse que el Estudio Tarifario se encuentra incompleto, o presenta una visión parcial o*

³⁶⁵ *Ibid.*, §§ 33-34.

³⁶⁶ *Ibid.*, §§ 525 y ss.

³⁶⁷ Demanda, §§ 531-532; Réplica, § 169.

³⁶⁸ Transcripción, Día 1, pp. 209, § 17 y ss.

³⁶⁹ Contestación, §§ 301 y ss.

distorsionada”³⁷⁰ ya existía en los términos de referencia para la revisión tarifaria vigentes del período 2003-08³⁷¹.

392. La CNEE aceptó hacer algunos cambios para evitar los retrasos que implicaría el procedimiento de amparo, pero sin renunciar a ninguna de sus facultades³⁷². En particular, la inclusión del artículo 1.10 no implicaba que la CNEE estaba delegando sus facultades legales de aprobar el estudio del VAD del distribuidor³⁷³, tal como se aprecia al comparar el texto propuesto por EEGSA (“*el consultor puede variar, de forma justificada, las metodologías [...] en base a su conocimiento y experiencia*”) y el texto finalmente aprobado (“*de existir variaciones de las metodologías presentadas [...] las mismas deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio*”)³⁷⁴.

b) El estudio de Bates White y el empleo por la CNEE del estudio de Sigla para calcular el VAD

393. Guatemala sostiene que, al rechazar los informes de etapa del estudio de Bates White, al hacerle al consultor las observaciones pertinentes, y finalmente al declarar sus discrepancias, la CNEE no hacía sino cumplir con sus obligaciones legales como órgano regulador.

394. Bates White se negó, desde el comienzo del proceso de revisión, a presentar la información y la documentación de soporte del estudio necesaria para que la CNEE pudiera auditarlo. Por otro lado, sus informes del estudio tampoco podían rastrearse, es decir que no se podía verificar la vinculación entre los datos³⁷⁵. De hecho, esta fue una de las discrepancias planteadas a la Comisión Pericial, en la que se pronunció en favor de la CNEE³⁷⁶.

395. La Demandada señala que el primer VNR calculado por Bates White en 2008 subió desde los US\$744 millones en que se encontraba al final del período anterior hasta US\$1695 millones en el primer estudio de Bates White de marzo de 2008, lo que representa un aumento del 245% en la base de capital solicitada, y que resulta incluso más llamativo que el hecho de que el Sr. Giacchino haya participado en ambos

³⁷⁰ Anexo C-106.

³⁷¹ Dúplica, § 297.

³⁷² Contestación, § 306.

³⁷³ Contestación, §§ 314-315; Dúplica, § 299; RWS-4, §§ 6-8.

³⁷⁴ Dúplica, § 299; Anexo C-108 y Anexo R-44.

³⁷⁵ Contestación, § 513 (a).

³⁷⁶ Anexo R-87, pp. 15-17.

estudios. Según Guatemala, estas cifras son más significativas aún si se comparan con las previsiones del *business model* de Teco, en las cuales se proyectaba un incremento del VAD para 2008 de entre 2% y 3% en términos reales³⁷⁷.

396. El VAD, calculado inicialmente en US\$552 millones, también variaría seguidamente a US\$454 millones en el estudio corregido del 5 de mayo de 2008, y a US\$252 millones en la versión del 28 de julio de 2008, lo cual refleja la falta de credibilidad del estudio de Bates White³⁷⁸.

397. Además, en una reunión solicitada por el presidente de Iberdrola en Latinoamérica, el Sr. Gonzalo Pérez, este último afirmó que el estudio de Bates White no servía y propuso que la CNEE acepte un aumento limitado del VAD respecto del período anterior, de US\$175 millones³⁷⁹. Este hecho, según Guatemala, demuestra que los valores contenidos en los estudios tarifarios no correspondían a la realidad económica ni a un VNR eficiente³⁸⁰.

398. El estudio de Bates White no cumplía con la LGE ni con los Términos de Referencia, estaba llenos de errores e incongruencias, y no podía ser auditado; de hecho, la Comisión Pericial le dio la razón a la CNEE en 56% de las discrepancias sometidas, como la exclusión de las líneas subterráneas, los problemas de rastreo del estudio y la no utilización de precios comparables en el mercado internacional³⁸¹.

399. Guatemala además afirma que el estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 tampoco incorporó la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, tal como lo confirmó posteriormente un estudio de Mercados Energéticos³⁸².

400. En vista de todo lo anterior, el estudio de Bates White no era confiable y la CNEE ejerció sus atribuciones y responsabilidades según la ley cuando lo rechazó y decidió, en su lugar, utilizar el estudio de Sigla para calcular el VAD³⁸³.

c) El artículo 98 bis del RLGE

401. La Demandada afirma que la adopción del artículo 98 bis del RLGE en 2008 únicamente estuvo destinada a cubrir un vacío que existía para el caso de que la

³⁷⁷ Transcripción, Día 1, p. 217, §§ 4-10.

³⁷⁸ Transcripción, Día 1, p. 225, § 22 y ss.

³⁷⁹ Anexo R-65.

³⁸⁰ Dúplica, § 355.

³⁸¹ Contestación, §§ 390 y ss.

³⁸² *Ibid.*, §§ 428 y ss.; Anexo R-103.

³⁸³ Contestación, §§ 511 y ss.

CNEE y el distribuidor no lograran ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del presidente de la Comisión Pericial, en cuyo caso el RLGE no preveía solución³⁸⁴.

402. El hecho de que el artículo 98 bis disponga que el presidente de la Comisión Pericial sea nombrado por el Gobierno de Guatemala no tiene consecuencias, pues debía hacerse el nombramiento de entre los nombres incluidos en una lista aportada por ambas partes, y además porque la LGE y el RLGE establecían las condiciones que todos los miembros de la Comisión Pericial debían cumplir³⁸⁵.

403. En cualquier caso, dicha disposición no fue aplicada en el presente caso pues las partes se pusieron de acuerdo en nombrar al Sr. Bastos como presidente de la Comisión Pericial. En consecuencia, no pudo haberle causado un daño a Tecó³⁸⁶.

d) Las Reglas Operativas

404. La Demandada rechaza que las partes hubiesen llegado a un acuerdo sobre las Reglas Operativas aplicables a la Comisión Pericial, y en particular sobre la supuestamente adoptada regla 12, según la cual correspondería a la Comisión Pericial verificar que se cumplieran sus decisiones en el Estudio del distribuidor³⁸⁷.

405. A pesar de que dichas reglas fueron discutidas en diversas oportunidades y se intercambiaron diversos proyectos confeccionados por cada parte, las Partes nunca lograron ponerse de acuerdo sobre las Reglas Operativas, las cuales nunca fueron adoptadas³⁸⁸.

406. Ello se evidencia en el hecho de que, incluso en la supuesta versión final de las Reglas Operativas, el encabezado reza “Propuesta de Reglas Operativas”. Además, en cuanto a las decisiones adoptadas por un órgano administrativo del Estado, todo acuerdo de la CNEE sobre las Reglas Operativas se debía formalizar en un documento oficial. Desde los puntos de vista fáctico y jurídico, los organismos del Estado no ejercen su autoridad mediante correos electrónicos o simples misivas, sino mediante documentos oficiales. Cabe además señalar que tampoco se hace mención alguna a las Reglas Operativas supuestamente adoptadas en el documento en el que se conforma la Comisión Pericial, ni en el contrato que firmaron los peritos con la CNEE³⁸⁹.

³⁸⁴ *Ibid.*, § 353; Dúplica, §§ 212, 400 y ss.

³⁸⁵ Transcripción, Día 1, p. 156, §§ 10-19.

³⁸⁶ Dúplica, § 400; Demanda, § 135; Declaración RWS-1, § 121.

³⁸⁷ Contestación, § 363.

³⁸⁸ *Ibid.*, § 366.

³⁸⁹ *Ibid.*, §§ 371 y ss.

407. Los únicos documentos que presenta el Demandante para demostrar su afirmación son correos electrónicos, más precisamente, correos internos de EEGSA, así como un correo enviado por el Lic. Giacchino al presidente de la Comisión Pericial sin copiar a la CNEE³⁹⁰. Dicha evidencia es insuficiente.

e) Los supuestos contactos ilícitos con el perito Riubrugent

408. De acuerdo con Guatemala, los intercambios de correos electrónicos que se llevaron a cabo en diciembre y enero de 2008 entre el Ing. Jean Riubrugent y la CNEE son inocuos y únicamente estaban dirigidos a precisar cuestiones técnicas³⁹¹, intercambiar información y hacer aclaraciones³⁹² para que este entendiera la posición de la CNEE³⁹³.

409. Los argumentos de Tecu en este sentido resultan absurdos, pues EEGSA designó como miembro de la Comisión Pericial al Dr. Leonardo Giacchino, quien era su propio consultor y el responsable y autor del estudio de Bates White, el mismo documento que debía ser analizado por la Comisión Pericial³⁹⁴.

f) Los alegados actos de acoso a los directivos de EEGSA

410. Los argumentos relativos a la supuesta persecución penal de los directivos de EEGSA solo buscan darle un tinte político a la reclamación del Demandante para hacerla parecer más internacional³⁹⁵.

411. A la fecha en que se libró la orden de aprehensión, los pliegos tarifarios ya estaban vigentes desde hacía casi un mes. Además, la procuraduría es una agencia de la fiscalía municipal, un ente descentralizado y local que actuó por su cuenta, e incluso los directores de la CNEE han sido también objeto de denuncias similares. En cualquier caso, la orden de aprehensión fue revocada a los dos días de haber sido dictada por la Corte de Apelaciones de Ciudad de Guatemala³⁹⁶.

412. El tema del robo de la computadora portátil del Sr. Calleja se señala en la presentación de la Demandada en forma infundada y frívola, y probablemente se

³⁹⁰ Anexo R-79.

³⁹¹ Dúplica, § 43; Anexos C-567 y C-490.

³⁹² Dúplica, § 43; Anexos C-499, C-504 y C-505.

³⁹³ Dúplica, § 43; Anexos C-489, C-496, C-501 y C-500.

³⁹⁴ Dúplica, § 43.

³⁹⁵ Contestación, § 456; Dúplica, § 488.

³⁹⁶ Anexo C-301.

debió a su propia imprudencia. Además, el Demandante no ofrece prueba alguna ni del robo ni del fundamento de sus acusaciones³⁹⁷.

4. Los daños

413. La Demandada sostiene que, aunque el Tribunal Arbitral decidiese que tiene jurisdicción y que Guatemala violó sus obligaciones en virtud del Tratado, en todo caso deberá concluir que Teco no ha sufrido daño alguno³⁹⁸.

414. La Demandada se refiere a **1)** los principales errores en la valuación hecha por el experto Kaczmarek, para luego **2)** proporcionar una valoración corregida del presunto daño sufrido por Teco y, finalmente, **3)** criticar los parámetros de razonabilidad señalados por los peritos Abdala y Schoeters.

a) Los errores en la valuación por el método de flujo de fondos descontados del perito Kaczmarek

i. Costos operativos proyectados por Kaczmarek

415. No son creíbles los argumentos del Demandante en cuanto a sus costos operativos. El perito de Teco calcula que EEGSA debería tener un elevado ingreso para poder hacer frente a los gastos de operación e inversión futuros, pero al momento de calcular los costos que efectivamente tendrá EEGSA en el futuro, asume costos de inversión y de operación significativamente más bajos, con lo cual obtiene un aumento artificial del valor de la empresa³⁹⁹.

ii. Proyecciones de Kaczmarek en el escenario contrafáctico

416. Las proyecciones que hace Kaczmarek sobre la base del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 a fin de calcular los daños históricos y los daños futuros son incorrectas, pues aplica el resultado del estudio sin verificar si sus premisas son razonables ni si están incorporados correctamente todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial⁴⁰⁰. El informe de Barrera es un análisis preconcebido que fue hecho a medida para justificar el estudio de Bates White y carece de un análisis genuino de la validez de dicho estudio⁴⁰¹.

³⁹⁷ Contestación, § 459.

³⁹⁸ Dúplica, § 494.

³⁹⁹ Contestación, § 601; Informe RER-1, § 41.

⁴⁰⁰ Contestación, § 603.

⁴⁰¹ Dúplica, §§ 499-500.

417. El estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 no refleja correctamente la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, tal como fue confirmado por la consultora de la CNEE, Mercados Energéticos, y el experto Damonte⁴⁰², quienes, al aplicar los pronunciamientos⁴⁰³ de la Comisión Pericial, llegan a un VNR aproximadamente 40% inferior al del estudio de Bates White⁴⁰⁴.
418. Además, el nivel de depreciación utilizado por Kaczmarek es inadecuado, pues acepta la fórmula adoptada por la Comisión Pericial sin considerar que esta no podía modificar dicha fórmula sin extralimitarse en sus poderes.
419. Además de ello, la fórmula adoptada por Kaczmarek contiene graves errores conceptuales y de implementación. La fórmula remunera en exceso al inversor. Tal como señaló correctamente el Sr. Damonte:
- “La fórmula propuesta por la CP calcula el promedio de las depreciaciones más la renta del capital partiendo, en cada revisión tarifaria, de un capital sin depreciar y restando cada año las depreciaciones acumuladas, durante cinco años. [...] Conceptualmente significa que en cada período tarifario se comenzará con las depreciaciones acumuladas en cero y se depreciará durante cinco años solamente. Al siguiente período se repetirá el ciclo. Mi conclusión es que al aplicarla durante varios períodos tarifarios, estará depreciando los activos durante cinco años y luego se reincorporan al activo todas las depreciaciones devengadas durante los cinco años en el siguiente período tarifario. Ese procedimiento es claramente erróneo, como lo demuestra el Test del Valor Presente Neto”*⁴⁰⁵.
420. El perito Damonte propone aplicar la fórmula de la “anualidad constante”, que es comúnmente utilizado, y de hecho fue utilizado en la revisión del período 2003-08. Según esta fórmula, el perito Damonte obtiene un factor de depreciación de la base de capital de 1,42, lo que implica una depreciación acumulada de la red de 30%, y el retorno sería calculado sobre el 70% restante⁴⁰⁶.

⁴⁰² Contestación, § 603; Anexo R-103; Declaración RWS-3.

⁴⁰³ El Ing. Damonte afirma que, para aplicar muchos de los pronunciamientos de la Comisión Pericial, se requería información adicional y optimizaciones imposibles de realizar en el tiempo disponible, Informe RER-2, § 176.

⁴⁰⁴ Informes RER-2, Capítulo 5, y RER-1, § 50.

⁴⁰⁵ Contestación, § 606, citando el Informe RER-2, §§ 178-179.

⁴⁰⁶ Contestación, § 607; Informes RER-1, § 71 y RER-2, Capítulo 6.3.

b) Los errores en la valuación por el uso de comparables

421. La Demandada sostiene que el método de valoración por comparables empleado por el Sr. Kaczmarek no es relevante en el presente caso, y debe preferirse el método de DFC, por las siguientes razones:

- i. El reducido número de las muestras utilizadas (12 empresas y 9 transacciones) las torna volátiles y poco confiables⁴⁰⁷.
- ii. Las empresas y operaciones seleccionadas poseen características diferentes a las de EEGSA; en consecuencia, la comparación resulta precipitada⁴⁰⁸.
- iii. La valoración se basa en el beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA) estimadas por el perito Kaczmarek a través del método de DFC, el cual adolece de errores que lo tornan inapropiado⁴⁰⁹.
- iv. La ponderación *ad hoc* utilizada por Kaczmarek para realizar el promedio carece de fundamento y es tendenciosa. Kaczmarek le asigna mayor ponderación a las empresas o transacciones de múltiplos más elevados, lo cual lleva artificialmente a una mayor valoración de EEGSA⁴¹⁰.

c) La venta de DECA II refleja el valor correcto de EEGSA en el escenario real

422. Guatemala sostiene que la mejor referencia para establecer el valor de EEGSA en el escenario real es el precio pagado por EPM a EEGSA para adquirir las acciones de DECA II, pues dicho precio refleja el acuerdo alcanzado entre partes independientes en condiciones libres de mercado y está libre de los posibles errores derivados del método de DFC y de la falta de empresas que pudieran ser comparadas adecuadamente con EEGSA⁴¹¹.

423. Tanto Tecu como Iberdrola han sostenido que la oferta de EPM fue global y no era posible identificar el precio correspondiente a EEGSA dentro de DECA II⁴¹².

⁴⁰⁷ Informe RER-1, § 73, el Sr. Kaczmarek reconoce no confiar en sus cálculos de valoración por comparables por estas razones; Informe CER-2, § 218.

⁴⁰⁸ Anexo R-112; Informe RER-1, §§ 73 y 76.

⁴⁰⁹ Informe RER-1, § 74.

⁴¹⁰ *Ibid.*, § 75.

⁴¹¹ Contestación, § 612.

⁴¹² *Ibid.*, § 613.

424. Sin embargo, durante el procedimiento arbitral, Guatemala obtuvo un documento preparado por Citibank, el asesor de EEGSA en la venta de sus acciones, el cual establece un valor de US\$582 millones⁴¹³. Por tanto, la Demandada sostiene que este valor, que fue provisto por Teco, era el que debía utilizarse⁴¹⁴.

425. En cualquier caso, al utilizar el método del DFC para estimar el valor de EEGSA, el Sr. Kaczmarek subestimó el valor de EEGSA pues utilizó el EBITDA de 2009 en lugar de información más actualizada y disponible al momento de la venta de DECA II, la cual podría haber reflejado en forma más precisa la realidad del negocio de EEGSA. Los expertos Abdala y Schoeters, quienes utilizaron el segundo tipo de información, estimaron un valor de US\$518 millones⁴¹⁵, que es el valor que se debería haber atribuido subsidiariamente a EEGSA⁴¹⁶.

d) Valuación corregida

426. Una vez que sus expertos corrigieron los errores existentes en la valoración presentada por el Demandante, el daño alegado por Teco se reduce a cero si se utiliza el valor de EEGSA proporcionado por Citibank, o a US\$8,1 millones si se utiliza un valor inferido de la venta en el escenario real⁴¹⁷.

427. La Demandada también alega que el daño es cero si el Tribunal Arbitral considera que el FRC debe incluir un 50% de depreciación. En este sentido, Teco nunca solicitó ni justificó una modificación de dicho FRC, tal como sí lo hicieron DEORSA y DEOCSA⁴¹⁸.

428. Según Guatemala, esto se explica porque, en el escenario real, EEGSA invirtió menos de lo previsto, lo que generó mayores fondos disponibles para los accionistas⁴¹⁹.

e) Razonabilidad de la valuación de los peritos Abdala y Schoeters

429. El cálculo del VAD de EEGSA propuesto por los peritos Abdala y Schoeters es razonable. De hecho, la evolución histórica del VAD, así como el análisis realizado por Abdala y Schoeters, están en línea con el VAD de la Compañía de Alumbrado

⁴¹³ Informe RER-1, § 82, Anexo C-531, p. 7.

⁴¹⁴ Contestación, § 615.

⁴¹⁵ *Ibid.*, § 614; Informe RER-1, § 81.

⁴¹⁶ Contestación, §§ 614-615.

⁴¹⁷ Dúplica, §§ 508-510; Informe RER-4, § 78, Tabla VI.

⁴¹⁸ Contestación, § 619.

⁴¹⁹ Dúplica, § 510; Informe RER-4, §§ 70-71.

Eléctrico de El Salvador (“CAESS”) (el principal distribuidor de energía eléctrica de El Salvador).

430. Además, los peritos Abdala y Schoeters propusieron como verificación adicional que se compararan los VNR propuestos con la Base Tarifaria Contable (o RAB), estimada en US\$483 millones, lo cual es un valor muy similar al VNR (neto de depreciaciones) corregido por el Ing. Damonte, estimado en US\$466,8 millones⁴²⁰.
431. Los peritos propuestos por Guatemala presentan un elemento adicional de razonabilidad, que consiste en el cálculo de la TIR prospectiva al momento de la segunda revisión tarifaria (2008). Este método, que usa el modelo corregido, resulta en un valor de 7,3%, en línea con el requerimiento regulatorio de 7%⁴²¹. El cálculo de la TIR hecho por el perito Kaczmarek para apoyar el estudio de Bates White es totalmente incorrecto⁴²² pues: i) se refiere a una TIR del accionista que el marco regulatorio simplemente no contempla, ii) incluye actividades que no están contempladas en el marco regulatorio y que, por ello, son ajenas a las supuestas medidas, iii) hace el cálculo de la TIR desde 1998, y así cubre un período que no tiene relación con la revisión tarifaria de 2008, y iv) toma en cuenta el precio ofertado en la licitación, aunque nada en el marco regulatorio lo permita.

f) Los intereses

432. La Demandada sostiene que, para llevar las pérdidas históricas reclamadas a moneda del 21 de octubre de 2010, se debe actualizar los supuestos daños por flujos de fondos desde el momento en que ocurrieron hasta la mencionada fecha, para lo cual es necesario utilizar un factor de actualización basado en el costo de capital de EEGSA, el cual se encuentra mejor representado por el WACC⁴²³.
433. De acuerdo con Guatemala, sería apropiado utilizar un factor de actualización posterior al 21 de octubre de 2010 basado en una tasa libre de riesgo, como ser bonos públicos de los Estados Unidos de América a 10 años (2,8% durante el período comprendido entre octubre de 2010 y diciembre de 2011)⁴²⁴. Tan es así que dicha tasa libre de riesgo reflejaría el hecho de que, desde que Teco se desprendió de su

⁴²⁰ Dúplica, § 496; Informe RER-4, § 24, §§ 45-50.

⁴²¹ Dúplica, § 512; Informe RER-4, §§ 65-67.

⁴²² Dúplica, § 517; Informe RER-4, §§ 51-67.

⁴²³ Contestación, § 624; Informe RER-1, Sección V.

⁴²⁴ Escrito de Réplica posterior a la Audiencia de la Demandada, § 175; Informe RER-1, § 111.

participación en EEGSA, ya no estuvo más expuesta al riesgo de operar dicha compañía⁴²⁵.

VII. PETICIONES DE LAS PARTES

A. Peticiones del Demandante

434. En su escrito de Réplica posterior a la Audiencia, del 8 de julio de 2013, el Demandante solicitó al Tribunal Arbitral lo siguiente:

1. Que resolviera que el Tribunal tiene jurisdicción en razón de la materia para entender en la reclamación planteada por el Demandante en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD;
2. Que resolviera que la Demandada ha violado la obligación prevista en el artículo 10.5 del CAFTA-RD de dispensar a la inversión del Demandante en EEGSA un trato justo y equitativo;
3. Que se ordenara a la Demandada el pago de un resarcimiento a favor del Demandante por la suma de US\$243,6 millones;
4. Que se ordenara a la Demandada el pago de intereses por sobre el monto anterior a una tasa compuesta del 8,8% a partir del 1 de agosto de 2008 y hasta la cancelación total del pago de dicho monto;
5. Que se ordenara a la Demandada el pago de todas las costas legales y los honorarios de abogados en los que haya incurrido el Demandante con motivo del presente proceso arbitral.

B. Peticiones de la Demandada

435. En su escrito de Réplica posterior a la Audiencia, del 8 de julio de 2013, la Demandada solicitó al Tribunal Arbitral lo siguiente:

1. Que declarara que no tiene jurisdicción sobre la controversia planteada por Teco;
2. Que, alternativamente y subsidiariamente, rechazara cada una de las reclamaciones efectuadas por Teco sobre el fondo, y además cualquiera sea el caso;

⁴²⁵ Contestación, § 626; Dúplica, § 519; Informes RER-1, Sección V y RER-4, §§ 81, 83 y 84.

3. Que otorgara cualquier otra satisfacción a Guatemala que el Tribunal estimara oportuna y conveniente;
4. Que ordenara a Teco pagar todos los costos de este procedimiento, que comprenden los honorarios y los gastos del Tribunal y del CIADI, así como los honorarios y los gastos sufragados por Guatemala en su representación legal en este arbitraje, con intereses anteriores y posteriores al laudo, el cual será emitido antes de la fecha del pago efectivo.

VIII. RAZONAMIENTO DEL LAUDO

436. El Tribunal Arbitral abordará, en primer lugar, las posiciones de las Partes acerca de la jurisdicción **A)** y, a continuación, el fondo del asunto **B)**.

A. Jurisdicción

437. Como primer punto, no se discute el hecho de que Guatemala, con las reservas que se analizarán más adelante, ha consentido en someter a arbitraje reclamaciones derivadas de una inversión realizada en el marco del CAFTA-RD.

438. Tampoco se discute que el 30% de la participación accionaria del Demandante en EEGSA se considera inversión conforme al artículo 10.28 del CAFTA-RD. En el artículo 10.28 b) del CAFTA-RD, cualquier bien que el inversor posee o controla, incluidas las acciones en una empresa, se considera una inversión.

439. Tampoco se discute que el 30% de la participación accionaria del Demandante en EEGSA se considera una inversión conforme al artículo 25.1 del Convenio del CIADI.

440. Por último, no se discute que el Demandante reviste la calidad de inversor según lo dispuesto en el CAFTA-RD.

441. La Demandada aduce, como excepciones a la competencia, que **2)** el Demandante plantea un mero desacuerdo regulatorio sobre la interpretación de la legislación guatemalteca, que no puede dar lugar a una reclamación en el marco del CAFTA-RD, **3)** que dicho desacuerdo fue resuelto por los tribunales locales y que el Demandante renunció a su derecho de reclamar por denegación de justicia, y **4)** que el Tribunal Arbitral debería dar preeminencia a la decisión jurisdiccional adoptada por el tribunal arbitral en el caso *Iberdrola* a favor de Guatemala.

442. El Tribunal Arbitral abordará cada una de estas excepciones luego de definir el contenido del estándar mínimo de trato en el marco del CAFTA-RD 1).

1. Estándar mínimo de trato en el marco del CAFTA-RD

443. El estándar mínimo aplicable a este caso está definido de la siguiente manera en el artículo 10.5, párrafo 2, del CAFTA-RD: “*Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar: (a) ‘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; y (b) ‘protección y seguridad plenas’ exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario’.*”

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

445. Tal como concluyeron numerosos tribunales arbitrales, al realizar esta tarea, el Tribunal Arbitral aplica una evaluación *prima facie*⁴²⁶.

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

447. Para que el Tribunal Arbitral determine si el Demandante ha logrado demostrar *prima facie* que Guatemala incumplió su obligación de brindar un trato justo y equitativo, es necesario definir, en principio, la norma aplicable en el marco del artículo 10.5 del CAFTA-RD.

448. En este sentido, el artículo 10.5 2) establece que, en el marco del CAFTA-RD, el trato justo y equitativo no requiere un tratamiento adicional o más allá del que exige

⁴²⁶ Decisión *Telefónica*, *supra* nota al pie 225; Decisión *Bayindir*, *supra* nota al pie 225, § 197; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI n.º ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005.

el nivel mínimo de trato aplicable en el derecho internacional consuetudinario. El artículo 10.5 también estipula que el estándar mínimo “*incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles y contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo*”.

449. Guatemala señala que, conforme al estándar mínimo de trato, para constituir una violación del artículo 10.5, la conducta del Estado debe ser “*particularmente grave*”⁴²⁷.

450. En este sentido, Guatemala se basa en diversos laudos dictados en el marco del TLCAN⁴²⁸.

451. Guatemala sostiene asimismo que, a menos que la conducta del Estado constituya “*una violación deliberada de las obligaciones de la autoridad, o que haya habido acciones gubernamentales ampliamente insuficientes respecto de los estándares internacionales*”⁴²⁹, toda controversia sobre la conducta regulatoria del Estado debe someterse a los tribunales nacionales, y “[s]ólo si estos han denegado justicia puede plantearse una reclamación por tratamiento injusto e inequitativo”⁴³⁰.

452. De acuerdo con el Demandante, el estándar mínimo de trato justo y equitativo prohíbe conductas arbitrarias, notoriamente irregulares, injustas o idiosincráticas, y conductas que exhiban una completa falta de transparencia y candor en un procedimiento administrativo⁴³¹.

453. El Demandante también considera que, si bien no es necesario probar la mala fe para establecer la violación del estándar mínimo, dicha violación se configura si el Estado actuó de mala fe⁴³².

454. El Tribunal Arbitral considera que el estándar mínimo de trato justo y equitativo conforme a lo establecido en el artículo 10.5 del CAFTA-RD se ve quebrantado por una conducta atribuida al Estado y resulta perjudicial para el inversor si la conducta

⁴²⁷ Contestación, § 464.

⁴²⁸ Laudo *Cargill*, *supra* nota al pie 330, § 296; Laudo *Glamis Gold*, *supra* nota al pie 290, §§ 616-617; Laudo *Thunderbird*, *supra* nota al pie 290, § 194; Contestación, §§ 474 y ss.

⁴²⁹ Contestación, § 477.

⁴³⁰ *Ibid.*, § 480.

⁴³¹ Demanda, § 233, citando Laudo *Waste Management*, *supra* nota al pie 214, § 98: “*Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial*”.

⁴³² Transcripción, Día 1, pp. 65 y ss., citando Laudo *Genin*, *supra* nota al pie 297, y Laudo *Glamis Gold*, *supra* nota al pie 290.

es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica.

455. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con numerosos tribunales arbitrales⁴³³ y autoridades en la materia⁴³⁴ que han confirmado que ese es el contenido del estándar mínimo de trato en el derecho internacional consuetudinario.
456. El Tribunal Arbitral también considera que el estándar mínimo forma parte del principio internacional de buena fe⁴³⁵. A los ojos del Tribunal, no cabe duda de que el principio de buena fe forma parte del derecho internacional consuetudinario⁴³⁶, según se establece en el artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que la falta de buena fe por parte del Estado o de alguno de sus organismos debe tenerse en cuenta para determinar si se violó el estándar mínimo.
457. Por último, el Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo con el artículo 10.5 del CAFTA-RD, la falta de debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos como el proceso de revisión tarifaria constituye un incumplimiento del estándar mínimo. Al evaluar si ha existido dicha falta de debido proceso, es importante señalar que la administración de Guatemala no fundamentó completamente sus decisiones o no acató sus propias normas.
458. A partir de esos principios, el Tribunal Arbitral considera que la inobservancia deliberada de los principios fundamentales en los que se basa el marco regulatorio, la total falta de candor o buena fe por parte del regulador en sus relaciones con el

⁴³³ Laudo *Waste Management*, *supra* nota al pie 214, § 98; Laudo *Glamis Gold*, *supra* nota al pie 290, § 627.

⁴³⁴ Grierson-Weiler y Laird, “Standards of Treatment”, Capítulo 8, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 270-271; MacLachlan, Shore y Weininger, “Treatment of Investors”, Capítulo 7, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, pp. 226 y ss.

⁴³⁵ Grierson-Weiler y Laird, “Standards of Treatment”, Capítulo 8, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 272, así como los autores y las decisiones citados en la nota al pie de página 31; en particular, Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, 6 *JWIT*, § 384: “*Los tribunales arbitrales han confirmado que la buena fe es inherente al trato justo y equitativo*” (traducción del Tribunal Arbitral), y Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties”, 39 *Int’Law* 87 (2005), § 91: “*La esencia del estándar de trato justo y equitativo se superpondrá, en gran medida, con el significado de la cláusula de buena fe en un contexto general, y un aspecto importante comprenderá las nociones de venire contra factum proprium y preclusión*” (traducción del Tribunal Arbitral).

⁴³⁶ Anthony D’Amato, “Good Faith” en *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, p. 600: “*El principio de buena fe tiene su origen en una concepción iusnaturalista del Derecho Internacional consuetudinario. [...] Por lo tanto, el principio de buena fe debe su actual carácter de autoridad a los fundamentos de derecho natural del Derecho Internacional general, al Derecho Internacional consuetudinario derivado de la articulación de esta costumbre en numerosos Tratados [...]*” (traducción del Tribunal Arbitral).

inversor y una falta total de fundamentación, constituiría un incumplimiento del estándar mínimo⁴³⁷.

459. En el caso que nos ocupa, el Demandante alega que los actos de Guatemala infringieron “*un sentido de justicia, equidad y sensatez*”⁴³⁸ y “*constituyen una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política [la de LGE], o de otro modo subvierte[n] gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto*”⁴³⁹.
460. Esencialmente, el Demandante sostiene que, al no haber acatado las conclusiones de la Comisión Pericial y haber impuesto unilateralmente tarifas basadas en un estudio preparado por su propio consultor, Guatemala repudió los principios fundamentales en los que se basaba el marco regulatorio y con los que contaba cuando realizó la inversión⁴⁴⁰.
461. El Demandante también aduce que la CNEE no actuó de buena fe en el proceso de establecer las tarifas correspondientes al período 2008-13 y violó abiertamente la ley al disolver la Comisión Pericial en julio de 2008⁴⁴¹.
462. Dichas alegaciones están respaldadas con pruebas que el Tribunal Arbitral deberá evaluar.
463. De acuerdo con el Demandante, dicha conducta constituye no solo una violación del marco regulatorio establecido por Guatemala, sino también un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la Demandada en el marco del CAFTA-RD⁴⁴².
464. El Tribunal Arbitral considera que el Demandante ha hecho alegaciones que, en caso de probarse, permitirían establecer el incumplimiento de las obligaciones de Guatemala relacionadas con el estándar mínimo, como se define en las secciones anteriores del presente laudo.
465. En opinión del Tribunal Arbitral, no cabe duda de que, si el Demandante prueba que Guatemala actuó en forma arbitraria y desconoció total y deliberadamente el marco regulatorio aplicable o mostró una falta absoluta de candor o buena fe en el proceso regulatorio, dicha conducta constituiría un incumplimiento del estándar mínimo.

⁴³⁷ Sobre abuso de autoridad, véase Grierson-Weiler y Laird, “Standards of treatment”, *The Oxford Handbook of Investment International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 284 y ss.

⁴³⁸ Demanda, § 280, citando *Merrill & Ring, Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 31 de marzo de 2010 (CL-29), § 210.

⁴³⁹ Demanda, § 280, citando Laudo *Cargill supra* nota al pie 330, § 293.

⁴⁴⁰ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 134.

⁴⁴¹ Demanda, §§ 143 y ss.

⁴⁴² Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, §§ 38 y ss.

2. La presunta naturaleza meramente regulatoria de la controversia

466. El Tribunal Arbitral no está de acuerdo con el argumento de Guatemala de que la reclamación de Tecu, a pesar de que esta última la cataloga como una violación del derecho internacional, se reduce a una controversia interna sobre la interpretación del derecho guatemalteco, que no es competencia de un tribunal internacional⁴⁴³.
467. Como ya se señaló, esta controversia consiste en determinar si la Demandada incumplió las obligaciones relacionadas con el estándar mínimo de trato. Se trata de una controversia internacional en la que el Tribunal Arbitral aplicará el derecho internacional.
468. El hecho de que para determinar la presunta responsabilidad de la Demandada en el derecho internacional el Tribunal Arbitral deberá resolver determinadas cuestiones de interpretación relativas al marco regulatorio aplicando la legislación guatemalteca no lo priva ni puede privarlo de su competencia.
469. El artículo 42 1) del Convenio del CIADI es muy claro en el sentido de que los tribunales internacionales pueden y deben aplicar las leyes del Estado receptor a las cuestiones en litigio que se someten a dicha legislación.
470. No obstante, si bien este Tribunal Arbitral deberá aplicar el derecho guatemalteco para resolver algunas de las cuestiones en litigio, la cuestión fundamental que, en definitiva, le corresponde decidir a partir de las pruebas es si la conducta de la Demandada constituye un incumplimiento del estándar mínimo de trato en el marco del derecho internacional.

3. El desacuerdo entre las Partes fue presuntamente resuelto por los tribunales de Guatemala y el Demandante renunció al derecho de presentar una reclamación por denegación de justicia

471. El Tribunal Arbitral también está en desacuerdo con las conclusiones a las que llegó Guatemala a partir de la falta de una reclamación por denegación de justicia.
472. El hecho de que el Demandante no haya planteado el argumento de que se produjo una denegación de justicia en el procedimiento judicial de Guatemala no puede privar al Tribunal Arbitral de su competencia para determinar si la conducta de la Demandada constituyó un incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

⁴⁴³ Contestación, § 3, §§ 100-106.

473. De hecho, el argumento del Demandante no se basa en la denegación de justicia ante los tribunales guatemaltecos, sino principalmente en la conducta arbitraria de la CNEE al establecer las tarifas, así como en su presunta falta de debido proceso en el procedimiento de revisión tarifaria.
474. En efecto, es cierto que los tribunales guatemaltecos han resuelto algunas de las cuestiones en disputa sobre la interpretación del marco regulatorio de Guatemala y la regularidad de algunas de las decisiones de la CNEE en el marco de dicha legislación. También es cierto que el Tribunal Arbitral deberá aplicar el derecho guatemalteco a algunos de los aspectos regulatorios de la controversia y que, al hacerlo, probablemente deba acatar las decisiones adoptadas por los tribunales de Guatemala cuando esos aspectos de la controversia están sujetos al derecho de ese país.
475. Sin embargo, la tarea del Tribunal Arbitral consiste, principalmente, en determinar la relevancia jurídica de los hechos en el marco del derecho consuetudinario internacional. Por consiguiente, si bien las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala repercutirán en las conclusiones que el Tribunal Arbitral formulará en el marco del derecho guatemalteco, dicha circunstancia no puede privar al Tribunal Arbitral de su competencia para resolver el caso con arreglo al derecho internacional. Asimismo, como se discutirá más adelante, las partes en el procedimiento ante la justicia de Guatemala eran completamente diferentes.
476. El Tribunal Arbitral está en desacuerdo con Guatemala en que el Demandante le pide *“que se erija en corte de apelación de tercera o cuarta instancia en materia regulatoria de derecho guatemalteco”*⁴⁴⁴.
477. La labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno. Consiste, más bien, en aplicar el derecho internacional a los hechos controvertidos, lo que incluye el contenido del derecho guatemalteco interpretado por la Corte de Constitucionalidad.
478. El Tribunal Arbitral también discrepa en que *“la actuación correcta o incorrecta de Guatemala bajo el Tratado y el derecho internacional no puede juzgarse únicamente en base a si un ente como la CNEE ha actuado acertada o desacertadamente en el ejercicio de sus funciones”*⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, § 79.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, § 114.

479. De hecho, no se discute (dado que Guatemala no ha formulado argumentos en contrario) que la CNEE es un organismo estatal y que sus acciones son atribuibles a Guatemala en el derecho internacional. La conducta de un organismo gubernamental como la CNEE, de hecho, es atribuible al Estado. En el artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados se establece, a tal efecto, lo siguiente: “*Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado*”, y que “*órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado*”⁴⁴⁶.
480. Si se concluye que la conducta de la CNEE fue notoriamente injusta o idiosincrática, o que la CNEE actuó de mala fe o mostró una falta absoluta de candor en el proceso regulatorio, dicha conducta constituiría un incumplimiento del estándar mínimo en el marco del derecho internacional.
481. En particular, si el Tribunal Arbitral concluyera (como señala el Demandante) que la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del marco regulatorio vigente durante el proceso de revisión tarifaria que es objeto de controversia, dicho desconocimiento supondría una violación del derecho internacional.
482. El Tribunal Arbitral también está en desacuerdo con el argumento de Guatemala de que, en caso de discrepancia sobre las acciones o decisiones del regulador, “*al Estado no se le pueden reprochar acciones [...], puesto que otro poder del estado, los tribunales, ha sido llamado a intervenir y ha actuado correctamente al juzgar dichas acciones*”⁴⁴⁷.
483. De hecho, como ya se señaló, las controversias resueltas por los tribunales guatemaltecos no son las mismas que las que debe dirimir el Tribunal Arbitral en el presente caso. Naturalmente, el Tribunal Arbitral puede atenerse a lo decidido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala como una cuestión de derecho interno. Sin embargo, esas decisiones adoptadas con arreglo al derecho guatemalteco no

⁴⁴⁶ Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

⁴⁴⁷ Contestación, § 113.

pueden tener incidencia alguna en la evaluación que hace este Tribunal Arbitral de la aplicación del derecho internacional a los hechos del presente caso.

484. Asimismo, como se mencionó anteriormente, la supuesta pérdida sufrida por el Demandante deriva principalmente de los actos de la CNEE, más que de las decisiones adoptadas por los tribunales guatemaltecos. Por consiguiente, no hay necesidad de que el Demandante demuestre que medió denegación de justicia para determinar que el Estado incumple sus obligaciones internacionales como consecuencia de los actos de la CNEE.

4. El tribunal del caso *Iberdrola* emitió una resolución jurisdiccional a favor de Guatemala

485. En varias ocasiones, la Demandada se basó en el laudo dictado por el tribunal arbitral del caso *Iberdrola* el 17 de agosto de 2012. Sin embargo, no manifestó que la decisión del caso *Iberdrola* tendría el efecto de *res judicata* en el presente caso o que tendría un efecto vinculante o el valor de un precedente. Aun así, Guatemala ha destacado que el caso *Iberdrola* es idéntico al presente en lo que respecta a los hechos y el tribunal interviniente tuvo que aplicar un estándar de trato autónomo más exigente para los Estados que el estándar de trato mínimo aplicable al presente caso⁴⁴⁸.

486. El Tribunal Arbitral ha dejado en claro, en el curso de este arbitraje, que no se basaría en pruebas presentadas en el caso *Iberdrola*⁴⁴⁹. Si bien ambos casos tienen una matriz fáctica similar, los tratados aplicables y las partes son diferentes. Además, la presentación de los argumentos jurídicos y las pruebas fue distinta en uno y otro caso.

487. La tarea del Tribunal Arbitral es resolver la presente controversia sobre la base de los argumentos jurídicos y la evidencia que le fue presentada. En consecuencia, el Tribunal Arbitral, al pronunciarse sobre la jurisdicción, no puede basar sus conclusiones, ni las basará, en la decisión del tribunal del caso *Iberdrola*.

488. Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral resuelve que tiene jurisdicción para decidir la controversia.

⁴⁴⁸ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, §§ 75-76; Laudo *Iberdrola*, *supra* nota al pie 214.

⁴⁴⁹ Cartas del Tribunal Arbitral a las Partes en las siguientes fechas: 10 de febrero de 2012, 23 de octubre de 2012 y 27 de junio de 2013.

B. La cuestión de fondo

489. La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del marco regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria.
490. El Tribunal Arbitral, al dirimir esta controversia, es consciente de la deferencia que los tribunales internacionales deben mostrar hacia los poderes reguladores de un Estado soberano.
491. Como señaló el tribunal del caso *Methanex*, “*como cuestión de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria por causa de utilidad pública, que se dicta de conformidad con el debido procedimiento y que afecta, entre otras cosas, a una inversión o un inversionista extranjeros, no se considera expropiatoria e indemnizable, a menos que el Gobierno regulador haya asumido con el inversionista putativo que tenía previsto realizar la inversión compromisos específicos*”⁴⁵⁰. El Tribunal Arbitral está de acuerdo.
492. Sin embargo, la deferencia a los poderes regulatorios del Estado no puede entrañar la condonación de conductas que son, a todas luces, arbitrarias o idiosincráticas o que muestran una falta absoluta de candor en la conducción del proceso regulatorio.
493. En consecuencia, si bien la función de un tribunal internacional no es cuestionar ni revisar decisiones que han sido adoptadas genuinamente y de buena fe por un Estado soberano en el ejercicio de sus potestades, si le corresponde a un tribunal arbitral internacional sancionar decisiones que impliquen abuso de autoridad, sean arbitrarias o hayan sido adoptadas con desconocimiento manifiesto de las normas legales aplicables y en violación del debido proceso en cuestiones regulatorias.
494. En respaldo de sus respectivas posturas, las Partes han realizado presentaciones contrapuestas sobre el contenido del marco regulatorio. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral **1)** abordará primero los desacuerdos entre las Partes sobre la interpretación de la LGE y el RLGE.
495. A continuación, **2)** abordará los argumentos de las Partes referidos a las presuntas declaraciones realizadas por la Demandada al Demandante, y las presuntas expectativas legítimas emanadas de ellas.

⁴⁵⁰ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Final, 3 de agosto de 2005, § 7 de la parte IV, traducción del Tribunal Arbitral.

496. Posteriormente, (3) considerará los argumentos relacionados con la conducta de la Demandada y (4) decidirá si esta constituye un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la Demandada.

1. Los desacuerdos de las Partes sobre el marco regulatorio

497. La posición del Demandante se basa, en gran medida, en la afirmación de que la CNEE desconoció, de manera voluntaria e injustificada, el marco regulatorio aplicable a la fijación de las tarifas de electricidad en Guatemala, conforme a lo establecido en la LGE y el RLGE.

498. Sin embargo, las Partes discrepan no solo en la interpretación de ciertas disposiciones específicas de la LGE y el RLGE, sino también respecto de los principios fundamentales del marco regulatorio en lo que concierne al procedimiento de revisión tarifaria.

499. Por lo tanto, antes de analizar las afirmaciones del Demandante referidas al incumplimiento del marco regulatorio por parte de la CNEE, es necesario abordar esos desacuerdos.

500. Al ocuparse de estas cuestiones, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho guatemalteco a la luz de las conclusiones pertinentes de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁴⁵¹.

501. En el marco regulatorio se establecen dos conjuntos de reglas sobre la fijación de las tarifas de electricidad. El primero se relaciona con el método de cálculo de las tarifas y el segundo —que, en opinión del Tribunal, resulta más pertinente para resolver la presente controversia— se aplica al proceso regulatorio que conduce a la fijación de las tarifas.

502. El Tribunal Arbitral considera que, en lo que respecta a dicho proceso, el marco regulatorio se basa en dos principios fundamentales claramente definidos.

503. El primero es que **b)**, salvo en los escasos casos excepcionales establecidos en el marco regulatorio, las tarifas se fijarían sobre la base de un estudio del VAD realizado por una consultora contratada por el distribuidor.

504. El segundo es que **c)**, en caso de discrepancias entre el distribuidor y la CNEE sobre dicho estudio, una comisión pericial independiente se pronunciará al respecto.

⁴⁵¹ Art. 42.1 del Convenio del CIADI.

505. El Tribunal Arbitral considera que ambos principios son la piedra angular del marco regulatorio en lo que se refiere al proceso de revisión.
506. En el marco regulatorio se establece que las tarifas se fijarían sobre la base del estudio del VAD realizado por la consultora del distribuidor, lo que permite i) garantizar que el distribuir tenga un rol preponderante en la determinación del VAD y ii) evitar que el regulador determine el VAD por su cuenta y en forma discrecional, salvo en determinadas circunstancias.
507. Se estableció que el regulador debía formular observaciones razonadas sobre el estudio del VAD del distribuidor, con lo que también se aseguró que la fijación de las tarifas fuera un proceso bilateral y cooperativo.
508. Por último, se dispuso que una comisión pericial se pronunciaría sobre cualquier desacuerdo entre el regulador y el distribuidor relacionado con el VAD a fin de asegurar la neutralidad y la objetividad del proceso de revisión tarifaria.
509. El Tribunal Arbitral examinará en mayor detalle estos principios en las próximas secciones del presente laudo.
510. Luego de ello, el Tribunal abordará el desacuerdo de las Partes sobre los efectos de los Términos de Referencia y acerca de si Bates White y la Comisión Pericial tenían permitido apartarse de ellos **d**).
511. Como cuestión preliminar, el Tribunal Arbitral analizará en qué medida debe dar preeminencia a las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad sobre cuestiones de interpretación de la LGE y del RLGE **a**).

a) Pertinencia de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad para el presente arbitraje

512. Como se explicó en secciones anteriores de este laudo⁴⁵², además de varios conjuntos de procedimientos judiciales iniciados por EEGSA, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala emitió dos decisiones.
513. En la primera, del 18 de noviembre de 2009, se establece esencialmente que, dado que el informe de la Comisión Pericial no es vinculante para la CNEE y que el regulador tiene la potestad exclusiva de fijar las tarifas, la CNEE estaba facultada para fijar las tarifas sobre la base de su propio estudio independiente.
514. En la segunda, del 24 de febrero de 2010, se determina esencialmente que la CNEE estaba facultada para disolver la Comisión Pericial el 28 de julio de 2008.

⁴⁵² Véase más arriba, §§ 233-235.

515. Guatemala ha manifestado en varias ocasiones que estas decisiones pusieron fin a la controversia sometida a este Tribunal Arbitral⁴⁵³. El Tribunal Arbitral no está de acuerdo.
516. De hecho, las decisiones del Tribunal de Constitucionalidad no pueden tener el efecto de un precedente o de *res judicata* en el presente arbitraje ni pueden, desde luego, haber puesto fin a la presente controversia.
517. No solo las partes son distintas (EEGSA y la CNEE ante el tribunal nacional y Teco y Guatemala en este arbitraje), sino que el Tribunal debe resolver una controversia completamente distinta sobre la base de normas legales diferentes. Debe establecer si la conducta del regulador constituye un incumplimiento de las obligaciones del Estado relacionadas con el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario.
518. En consecuencia, las decisiones de la Corte de Constitucionalidad no son vinculantes para este Tribunal Arbitral.
519. No obstante, las conclusiones de dicho órgano pueden contribuir a la solución de la presente controversia de derecho internacional. Con todo, ello es así solo en la medida en que la Corte de Constitucionalidad interpretó aspectos del marco regulatorio que se someten al derecho guatemalteco y que el Tribunal Arbitral considera pertinentes para establecer si se incumplieron las obligaciones internacionales del Estado.

b) Fijación de la tarifa sobre la base del estudio realizado por el distribuidor a través de su consultora

520. No se discute que, conforme al artículo 71 de la LGE, las tarifas de electricidad se basan en “*la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución y del Valor Agregado de Distribución -VAD-*”⁴⁵⁴. El VAD, por ello, es uno de los factores que la CNEE utiliza para fijar las tarifas.
521. Tampoco se discute que, según el artículo 71 de la LGE, el VAD es “*el costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada*”⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Contestación, §§ 124 y ss.

⁴⁵⁴ LGE, art. 71 (Anexo C-17).

⁴⁵⁵ *Ibid.*

522. Con arreglo al artículo 74 de la LGE, “[c]ada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión. La Comisión podrá disponer que diversos distribuidores contraten un solo estudio, si las densidades de distribución son parecidas en cada grupo y usar un solo VAD para la determinación de las tarifas de todas las empresas calificadas en un mismo grupo”⁴⁵⁶.
523. En el artículo 97, segundo párrafo, del RLGE se dispone que la CNEE elaborará un listado de las firmas consultoras precalificadas entre las cuales el distribuidor elegirá una para que realice el estudio del VAD. En el artículo 97, tercer párrafo, se establece que cada distribuidor tiene la obligación de contratar a una de dichas firmas consultoras calificadas para realizar el estudio del VAD.
524. En el artículo 98 del RLGE se establecen circunstancias específicas en las que el regulador puede desconocer el estudio del distribuidor y establecer el VAD a partir de un estudio realizado en forma unilateral.
525. En el artículo 98 se dispone, en este sentido, que “[e]n caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora”⁴⁵⁷.
526. Por consiguiente, en el artículo 98 se establece claramente que la CNEE podrá calcular el VAD sobre la base de su propio estudio independiente en dos casos específicos: i) cuando el distribuidor no envíe el estudio realizado o ii) cuando el distribuidor no corrija su estudio conforme a lo dispuesto en la LGE y el RLGE.
527. Por lo tanto, la LGE establece claramente el principio de que el componente de la tarifa relacionado con el VAD se establecerá sobre la base de un estudio realizado por una firma consultora precalificada por la CNEE y seleccionada por el distribuidor. Una vez que se calcula así el VAD, la CNEE puede calcular y fijar las tarifas.
528. La Demandada sostiene en este sentido que en la ley aprobada no se menciona la obligación de que “el VAD deba ser aprobado sobre la base del estudio del distribuidor”⁴⁵⁸. El Tribunal Arbitral no está de acuerdo.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, art. 74.

⁴⁵⁷ RLGE, art. 98, (Anexo C-105).

⁴⁵⁸ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 49.

529. En primer lugar, no tendría sentido que en el marco regulatorio se estableciera un proceso por el cual el distribuidor debiera presentar un estudio del VAD, el regulador debiera formular comentarios sobre dicho estudio y una comisión pericial neutral debiera pronunciarse en caso de desacuerdo si el regulador tuviera discreción para no tomar en cuenta el estudio del distribuidor.
530. En segundo lugar, el artículo 98 del RLGE es muy claro en que el regulador solo puede desconocer el estudio del VAD del distribuidor y aplicar su propio estudio realizado en forma unilateral en determinadas circunstancias. En consecuencia, si no se configuran esas circunstancias, el regulador tiene la obligación de fijar el VAD basado en el estudio del distribuidor.
531. Esto no significa afirmar, por supuesto, que el estudio del distribuidor es vinculante para el regulador. Este último puede no estar de acuerdo con ciertas partes del estudio, en cuyo caso la Comisión Pericial deberá emitir un pronunciamiento que, si bien no es vinculante, el regulador deberá considerar con cuidado y de buena fe. Lo que el artículo 98 excluye, no obstante, es la facultad discrecional del regulador para rechazar sin fundamento el estudio del distribuidor y, según sea el caso, los pronunciamientos de la Comisión Pericial.
532. Naturalmente, estos principios cobraron gran importancia para las distribuidoras de electricidad en Guatemala.
533. En este sentido, cabe señalar que en el estudio que USAID encomendó en 1993 a los consultores Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux para el Gobierno de Guatemala al momento de la privatización del sector eléctrico del país se consideró que estos principios eran un elemento importante de la despolitización del proceso de revisión tarifaria: *“El problema del posible mal funcionamiento de un organismo regulatorio en la industria de la energía eléctrica se ha instalado fuertemente en Guatemala. Comparten esta percepción los sectores políticos, sociales y económicos consultados en el país. Según la opinión de los Consultores, esto refuerza la necesidad de contar con normas objetivas que definan los derechos y las obligaciones de las partes a fin de prevenir la intervención arbitraria de las entidades regulatorias. Se sostiene que sería posible minimizar la intervención de un organismo regulatorio en los temas más sensibles a la regulación, como la regulación de los precios en los segmentos con características de naturaleza monopólica: la transmisión y la distribución. En este caso, se podría considerar una intervención específica, por ejemplo cada 5 ó 1 años, por parte de una entidad*

gubernamental ah-hoc [sic] de nivel superior, por ejemplo un Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas, a los efectos de supervisar un estudio de tarifas externo, encargado por los concesionarios y realizado por cualquier consultora prestigiosa. La función regulatoria permanente se limitaría a controlar el cumplimiento de la ley en cuestiones tales como la seguridad de las instalaciones (una función que podría asignarse al Ministerio de Energía y Minas, por ejemplo), aunque la resolución de las cuestiones en conflicto pueda ser sometida a tribunales arbitrales designados por las partes⁴⁵⁹.

534. La cuestión aquí consiste en determinar si el marco regulatorio permitía al regulador, en las circunstancias del caso, desconocer el estudio del distribuidor y aplicar el suyo propio. Las Partes discrepan al respecto.
535. No es objeto de controversia que EEGSA presentó el estudio del VAD. Dicho estudio fue, de hecho, encargado a Bates White y enviado a la CNEE por primera vez en marzo de 2008⁴⁶⁰, esto es, dentro del plazo de tres meses establecido en el artículo 98 del RLGE, segundo párrafo. Guatemala no ha sostenido que EEGSA no presentó oportunamente su estudio del VAD.
536. El argumento de Guatemala es, más bien, que EEGSA no corrigió su estudio.
537. No obstante, las Partes tienen opiniones contrapuestas respecto de las circunstancias en las que debería considerarse que el distribuidor no ha corregido su estudio, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del RLGE.
538. En resumen, el Demandante sostiene que solo debían realizarse las correcciones sobre las cuales no existía desacuerdo o las que, en caso de desacuerdo, habían sido aprobadas por la Comisión Pericial⁴⁶¹.
539. Por el contrario, según Guatemala, conforme al artículo 98 del RLGE, y debido a que las conclusiones de la Comisión Pericial carecen de efecto vinculante, el distribuidor estaba obligado a incorporar *todas* las observaciones de la CNEE, independientemente de que existiera desacuerdo⁴⁶².
540. Cabe señalar, en este punto del análisis, que la Corte de Constitucionalidad no ha determinado en el marco del derecho guatemalteco si EEGSA no cumplió con la obligación de corregir su estudio.

⁴⁵⁹ *Reestructuración del sector energético de Guatemala: Análisis de la descentralización y los mecanismos de participación privada, Informe final*, de Bernstein y Descazeaux (Anexo C-9) (subrayado del Tribunal Arbitral).

⁴⁶⁰ Apéndice a la Declaración RWS-1.

⁴⁶¹ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 70.

⁴⁶² Contestación, § 207.

541. Si bien, en la página 14 de su decisión del 24 de febrero de 2010⁴⁶³, la Corte de Constitucionalidad se refiere al hecho de que la CNEE “*se dio cuenta*” de que EEGSA había cometido una “*omisión*” y, en consecuencia, había decidido fijar la tarifa sobre la base de su propio estudio independiente, ni EEGSA ni la CNEE solicitaron en ningún momento a la Corte que decidiera si existía dicha “*omisión*” en virtud del artículo 98 del RLGE⁴⁶⁴. Por lo tanto, la mención en la decisión de la Corte de Constitucionalidad de una “*omisión*” por parte de EEGSA de realizar las correcciones parece no ser más que una referencia fáctica a las alegaciones de la CNEE.
542. Asimismo, cuando la Corte de Constitucionalidad decidió que la CNEE estaba facultada para aplicar una tarifa calculada sobre la base del VAD establecido a través de su propio estudio independiente⁴⁶⁵, lo hizo debido a que en el derecho guatemalteco los informes periciales no pueden ser vinculantes y a que la ley reserva al regulador la potestad exclusiva de fijar las tarifas⁴⁶⁶.
543. Por ello, la Corte de Constitucionalidad no opinó acerca de si EEGSA de hecho no corrigió su informe sobre el VAD de conformidad con el artículo 98 del RLGE.
544. Tal como se ve confirmado por las propias presentaciones de Guatemala en el proceso arbitral, “*la Corte de Constitucionalidad no se basó en la reforma del artículo 98 del Reglamento para declarar la licitud de la conducta de la CNEE*”⁴⁶⁷. Guatemala sostiene, asimismo, que el artículo 98 “*no es en absoluto la base de la decisión de la Corte*”⁴⁶⁸ y “*no tuvo influencia en este tema*”⁴⁶⁹.
545. Como se verá en otras secciones del presente laudo, la Corte de Constitucionalidad tampoco decidió si, a pesar de que el informe de la Comisión Pericial no era vinculante, la CNEE tenía la obligación de considerarlo y justificar toda decisión de no tenerlo en cuenta. En consecuencia, dicha cuestión será decidida por el Tribunal Arbitral.
546. El hecho de determinar si la CNEE estaba facultada, en virtud del artículo 98 del RLGE, a aplicar la tarifa sobre la base de su propio estudio del VAD independiente

⁴⁶³ Anexo C-345.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ Anexo C-331.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 62.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, § 64.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, § 66.

plantea una cuestión fundamental, a saber, la función de la Comisión Pericial. Se procederá ahora a analizar dicha cuestión.

c) La función de la Comisión Pericial

547. En resumen, el Demandante señala que las determinaciones de la Comisión Pericial eran vinculantes y que, por lo tanto, la CNEE estaba obligada a atenerse a sus conclusiones⁴⁷⁰.
548. De esta postura se desprende que EEGSA, al negarse a incorporar las observaciones de la CNEE sobre el estudio de Bates White que eran objeto de controversia y respecto de las cuales la Comisión Pericial no se había pronunciado a favor de la CNEE, no incumplió la obligación de corregir su estudio conforme al artículo 98 del RLGE. En consecuencia, la CNEE no estaba facultada para fijar la tarifa sobre la base de su propio estudio independiente⁴⁷¹.
549. La Demandada sostiene, por el contrario, que la función de la Comisión Pericial tenía carácter meramente consultivo y que, por lo tanto, sus conclusiones no eran vinculantes para la CNEE⁴⁷².
550. La Demandada también manifiesta que, según el marco regulatorio, la CNEE retiene la potestad exclusiva para fijar las tarifas y que, por ende, EEGSA tenía la obligación de incorporar todas las observaciones formuladas por dicho órgano. De acuerdo con la Demandada, la función de la Comisión Pericial se limitaba a verificar que EEGSA lo hubiera hecho.
551. En tal sentido, la Demandada señala que *“a la luz de la obligación del consultor bajo el marco regulatorio de efectuar las correcciones requeridas por la CNEE para ajustar el estudios [sic] a los Términos de Referencia (Artículo 98 del Reglamento), las únicas discrepancias que podrían subsistir para su tratamiento por la Comisión Pericial son: i) si el distribuidor ha realizado o no las modificaciones; o ii) si las ha realizado correctamente”*⁴⁷³.
552. Esta postura coincide con la adoptada por la CNEE en su Resolución 144-2008 del 29 de julio de 2008, en virtud de la cual la CNEE, para aprobar la tarifa basada en su propio estudio independiente, consideró que, *“conforme a lo establecido en la legislación vigente, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica mediante la*

⁴⁷⁰ Demanda, §§ 43, 213 y ss.

⁴⁷¹ Ibid., § 192.

⁴⁷² Contestación, § 502.

⁴⁷³ Dúplica, § 380; véase también la Contestación, § 207.

*Resolución CNEE-96-2008 formuló por escrito las discrepancias con el Estudio Tarifario y ordenó conformar la Comisión Pericial, la cual remitió su pronunciamiento con fecha veinticinco de julio de dos mil ocho, y luego del análisis del mismo, se confirmó que en el Estudio Tarifario presentado por Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio de la Nota GG-060-2008, se omitió efectuar la corrección a la totalidad de las observaciones señaladas en la Resolución CNEE-63-2008*⁴⁷⁴.

553. Por lo tanto, en opinión de la Demandada, EEGSA tenía la obligación de realizar todas las correcciones requeridas por la CNEE y la función de la Comisión Pericial se limitaba a verificar *“si las ha realizado correctamente”*⁴⁷⁵. En consecuencia, EEGSA, al negarse a incorporar las correcciones sobre las cuales había discrepancia, no efectuó las correcciones conforme al artículo 98 del RLGE y la CNEE estaba facultada para fijar la tarifa según su propio estudio independiente.

554. Asimismo, la Demandada adoptó la postura de que la CNEE podía rechazar el estudio de Bates White debido a que *“EEGSA y Bates White sabotearon continuamente en [sic] proceso de revisión tarifaria, de modo que el estudio Bates White no era confiable”*⁴⁷⁶ y a que *“[l]a Comisión Pericial confirmó las deficiencias del estudio Bates White”,* dado que *“la base de datos presentados por Bates [...] carecí[a] de la vinculación y trazabilidad necesaria”* y de *“la base de datos de soporte”*⁴⁷⁷. En consecuencia, dado que no podía *“auditar el modelo”,* la CNEE *“estimó que la regulación no solo le permitía sino que le exigía aprobar un estudio tarifario que le resultara confiable”*⁴⁷⁸.

555. Para determinar si dichos argumentos son correctos, es necesario analizar las disposiciones pertinentes del marco regulatorio a la luz de las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad.

556. En este sentido, las disposiciones pertinentes de la LGE y el RLGE son el artículo 75 de la LGE y el artículo 98, tercer párrafo, del RLGE.

557. En el artículo 75 se dispone lo siguiente: *“La [CNEE] revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. En caso de discrepancias formuladas por escrito, la [CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el*

⁴⁷⁴ Anexo C-272.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ Contestación, § 513.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, § 515.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, § 516.

nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”⁴⁷⁹.

558. La controversia surge, en gran medida, de la diferencia sobre el significado exacto del término “*se pronunciará*” en la última oración del artículo 75. Según el Demandante, dicho término significa que la Comisión Pericial tenía poder de decisión⁴⁸⁰. En consecuencia, la CNEE tenía la obligación de fijar las tarifas sobre la base del estudio de Bates White, modificado según lo dispuesto por la Comisión Pericial. De acuerdo con la Demandada, este término significa que la Comisión Pericial debía emitir una opinión no vinculante, de manera que la CNEE no tenía obligación alguna de atenerse a sus conclusiones⁴⁸¹.
559. A título preliminar, el Tribunal Arbitral observa que la Corte de Constitucionalidad dejó muy en claro en sus decisiones del 18 de noviembre de 2009 y del 24 de febrero de 2010 que el informe de la Comisión Pericial solo tendría un valor “*ilustrativo o informativo*” y que la Comisión no estaba facultada para dirimir en forma vinculante una controversia entre la CNEE y EEGSA⁴⁸².
560. El Tribunal Arbitral considera que se trata de una cuestión de interpretación del artículo 75 de la LGE, que desde luego se somete a los tribunales guatemaltecos y respecto del cual corresponde atenerse a lo decidido por la Corte de Constitucionalidad.
561. Dicho esto, el Tribunal Arbitral observa que la Corte de Constitucionalidad no estaba llamada a decidir si, a pesar de que el dictamen de la Comisión Pericial tenía un valor “*informativo*”, la CNEE tenía la obligación, en virtud del marco regulatorio, de tomarlo seriamente en cuenta para establecer las tarifas o de justificar la decisión de apartarse de él.
562. Indudablemente, la Corte de Constitucionalidad no puede haber pretendido decir que la CNEE podía, en forma arbitraria y sin motivo alguno, desatender las recomendaciones de la Comisión Pericial. De hecho, en ninguna de sus dos decisiones, la Corte de Constitucionalidad dice que la fijación de las tarifas sería un ejercicio totalmente discrecional del regulador. Y, por las razones que se explicarán más adelante, dicha conclusión contradice en forma manifiesta el marco regulatorio.

⁴⁷⁹ LGE, art. 75 (anexo C-17).

⁴⁸⁰ Demanda, §§ 213 y ss.

⁴⁸¹ Dúplica, §§ 142 y ss.

⁴⁸² Anexo C-331 (p. 25) y Anexo C-345 (pp. 33-36).

563. Resulta claro que el regulador no disponía de discreción ilimitada para fijar la tarifa. El marco regulatorio está basado en su integridad en la premisa de que esto no sería así. En este sentido, la Corte de Constitucionalidad observó en su decisión del 18 de noviembre de 2009 que no le correspondía evaluar la “*racionalidad*” de las tarifas aprobadas⁴⁸³. Dicho término puede entenderse tanto con respecto al contenido de las tarifas como al proceso de fijación de estas.
564. Lo que la Corte de Constitucionalidad quiso decir en realidad es claramente que, dado que la CNEE conserva la potestad exclusiva de fijar la tarifa, dicha potestad no podía delegarse en forma total ni parcial a la Comisión Pericial. Sin embargo, esto no significa que la CNEE no debía haber considerado seriamente el informe de la Comisión Pericial. Tampoco significa que la CNEE tenía facultades discrecionales ilimitadas para apartarse de él sin razones válidas. Por otro lado, la función de la Comisión Pericial estaba limitada a determinar el VAD, que es solo uno de los elementos de la tarifa.
565. El Tribunal Arbitral considera que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no eran vinculantes en el sentido de que esta no tenía poder de decisión, la CNEE estaba obligada por el marco regulatorio a considerarlas seriamente y a presentar razones válidas en el caso de que decidiera apartarse de ellas.
566. Esta opinión se ve confirmada, como se verá más adelante, por la considerable importancia que se asigna a la Comisión Pericial en la LGE y el RLGE, así como por la conducta del regulador y del distribuidor durante el proceso de revisión de las tarifas.
567. Como cuestión inicial, el lenguaje utilizado en el artículo 75 de la LGE sugiere claramente que, en caso de desacuerdo entre la CNEE y el distribuidor sobre el informe del VAD de este último, dicho desacuerdo se dirimirá según lo que determine la Comisión Pericial.
568. Si, como sugiere la Demandada, la Comisión Pericial hubiera tenido como única función asegurarse de que el distribuidor hubiese incorporado todas las observaciones realizadas por la CNEE, esta oración no tendría sentido alguno. Del artículo 75 de la LGE se desprende claramente que la función de la Comisión Pericial era brindar una solución para los desacuerdos entre la CNEE y el distribuidor, y no actuar como el custodio de los intereses del regulador.

⁴⁸³ Anexo C-331, p. 35.

569. Asimismo, si la función de la Comisión Pericial se reducía a proveer asesoramiento técnico a la CNEE, el artículo 75 de la LGE habría sido totalmente innecesario. De acuerdo con el artículo 5 de la LGE, la CNEE podía en todo momento contratar expertos según lo estimara conveniente⁴⁸⁴. Está claro que la intervención de la Comisión Pericial tenía como objetivo beneficiar a ambas partes en el contexto de un proceso de colaboración bilateral.
570. La naturaleza bilateral de los procedimientos periciales se ve confirmada por el lenguaje utilizado en el artículo 98 del RLGE, en el que se establece que el costo de contratación del tercer integrante de la Comisión Pericial será sufragado por la CNEE y el distribuidor en partes iguales.
571. Incluso más pertinente para el Tribunal Arbitral es el hecho de que en la LGE se pretendía que la Comisión Pericial fuera un organismo neutral. El artículo 75 de la LGE establece, en tal sentido, que la Comisión Pericial estará integrada por tres miembros, uno nombrado por cada parte y el tercero, de común acuerdo.
572. Este mecanismo de constitución, similar al de un tribunal arbitral, muestra que la LGE tenía como objetivo garantizar que la Comisión Pericial, al pronunciarse sobre las diferencias entre las partes, actuaría en forma neutral.
573. Los hechos del caso muestran que las partes han prestado considerable atención a la manera en que la Comisión Pericial quedaría constituida a fin de garantizar que actuaría en forma neutral. Por ejemplo, las partes verificaron la ausencia de conflictos de intereses de sus miembros, que es exactamente lo que hubiera ocurrido en el caso de un órgano jurisdiccional⁴⁸⁵.
574. A partir de los hechos mencionados, el Tribunal Arbitral llega a dos conclusiones.
575. La primera es que, contrario a lo que sostiene la Demandada, la función de la Comisión Pericial no se limitaba a verificar que todas las observaciones de la CNEE se incorporaran en el estudio del VAD del distribuidor. La Comisión Pericial no era el custodio de los intereses de la CNEE, sino un organismo neutral encargado de resolver, en forma no vinculante, las controversias entre las partes.
576. La segunda es que las conclusiones de la Comisión Pericial debían tener un peso mucho mayor que las opiniones de un consultor que el regulador pudiese haber

⁴⁸⁴ LGE, art. 5, penúltimo párrafo: “*La Comisión podrá requerir de la asesoría profesional, consultorías y expertajes que se requieren para sus funciones*” (Anexo C-17).

⁴⁸⁵ Antes de acordar con la CNEE que Carlos Bastos sería el presidente de la Comisión Pericial, EEGSA “reveló” a la CNEE que el Sr. Bastos había asesorado a EEGSA en el pasado respecto de una cuestión que no tenía relación con el presente asunto, así como los honorarios que EEGSA le había pagado al Sr. Bastos.

contratado para su propio beneficio. Si el regulador estuviera facultado para desconocer las conclusiones de la Comisión Pericial sin explicar los motivos, el marco regulatorio no tendría sentido.

577. De lo anterior se entiende que el distribuidor no podía tener la obligación de incorporar a su informe del VAD correcciones sobre las cuales se había planteado una discrepancia adecuadamente a la Comisión Pericial.

578. Dado que la función de la Comisión Pericial era permitir la resolución de controversias entre las partes, resulta totalmente lógica la interpretación de que, según el artículo 98, tercer párrafo, del RLGE, la obligación del distribuidor de efectuar las correcciones requeridas por la CNEE está supeditada al pronunciamiento de la Comisión Pericial en caso de desacuerdo.

579. De hecho, no tendría sentido alguno que el marco regulatorio dispusiera que, en caso de desacuerdo entre la CNEE y el distribuidor sobre el estudio del VAD de este último, se constituyera una comisión pericial neutral para que se pronunciara al respecto (artículo 75 de la LGE) y, al mismo tiempo, obligara al distribuidor a incorporar inmediatamente los puntos de desacuerdo en el estudio del VAD.

580. Sería incluso más ilógico permitir al regulador imponer unilateralmente su propio estudio del VAD debido a que las observaciones sobre las cuales existían desacuerdos y que estaban sujetas a un pronunciamiento de la Comisión Pericial no se hubieran incorporado inmediatamente al estudio del VAD.

581. En el marco regulatorio se dispone claramente otra cosa. Conforme al artículo 75 de la LGE y al artículo 98 del RLGE, una vez que el distribuidor ha entregado su estudio del VAD, la CNEE formulará observaciones y, a menos que exista una discrepancia debidamente presentada a la Comisión Pericial, el distribuidor deberá efectuar las correcciones debidas al estudio. Sin embargo, en el caso de una discrepancia remitida a la Comisión Pericial, el distribuidor no tiene obligación de corregir inmediatamente su estudio del VAD hasta que la Comisión Pericial se pronuncie. En el artículo 98 del RLGE, tercer párrafo, se establece en tal sentido que, una vez que el distribuidor ha efectuado sus observaciones, “[d]e *persistir discrepancias entre la Comisión y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley*”.

582. El marco regulatorio es menos claro en lo que se refiere a la preeminencia que la CNEE debía dar al informe de la Comisión Pericial. Como se señaló anteriormente, si bien la Comisión Pericial no tenía poder de decisión y su informe era, en los

términos de la Corte de Constitucionalidad, técnicamente “*informativo*”, la importancia que se le asigna en la LGE y el RLGE a la Comisión Pericial, así como la conducta de las partes durante el proceso de revisión tarifaria, muestran que el distribuidor tenía derecho a esperar que las conclusiones de la Comisión sean consideradas seriamente y tomadas en cuenta por el regulador al momento de fijar el VAD.

583. En la opinión del Tribunal Arbitral, el regulador no podía optar por desconocer los pronunciamientos de la Comisión Pericial sin expresar sus motivos. La obligación de justificar proviene del marco regulatorio y de las obligaciones internacionales del Estado que impone el estándar mínimo.
584. Dentro del marco regulatorio, sería totalmente incongruente proporcionar un mecanismo de determinación de peritos y, al mismo tiempo, permitir al regulador desconocer las conclusiones de la Comisión Pericial sin expresar motivo alguno. Admitir que el regulador podría ignorar las conclusiones de la Comisión Pericial sin dar justificación alguna equivaldría a asimilar a esta última a una consultora contratada por el regulador en su propio beneficio, lo que, claramente, no era el objetivo al que apuntaban la LGE y el RLGE.
585. En primer lugar, las partes ciertamente no habrían dedicado tanto cuidado y atención al proceso de determinación pericial si el regulador tenía derecho a ignorar totalmente las conclusiones de la Comisión Pericial sin expresar los motivos. En segundo lugar, como se señaló en secciones anteriores de este laudo, la Comisión Pericial era un organismo neutral, creada en el marco regulatorio en interés de ambas partes.
586. Asimismo, la obligación del regulador de expresar los motivos deriva del propio marco regulatorio. El artículo 75 de la LGE y el artículo 98 del RLGE obligan al regulador a formular sus observaciones sobre el estudio del VAD del distribuidor por escrito. De otro modo, el distribuidor no podría explicar por qué existe una discrepancia sobre dichas observaciones y enviar dicha discrepancia a la Comisión Pericial. En este sentido, no se discute que las observaciones realizadas por la CNEE sobre el estudio del VAD elaborado por Bates White fueron plasmadas por escrito y cuidadosamente razonadas⁴⁸⁶. No hay razón para no aplicar el mismo principio a la decisión del regulador de apartarse de los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

⁴⁸⁶ Véanse los comentarios de la CNEE del 11 de abril de 2008 (Anexo C-193) y la Resolución 96-2008 de la CNEE del 16 de mayo de 2008, en la que se establecen las discrepancias (Anexo C-209).

587. En virtud del estándar mínimo, el derecho internacional prohíbe a los funcionarios del Gobierno ejercer su autoridad de manera abusiva, arbitraria o discriminatoria. El artículo 10.5 del CAFTA-RD también obliga al Estado a observar el debido proceso en el procedimiento administrativo. La falta de razones puede ser un factor importante para determinar si una determinada decisión fue arbitraria y para establecer la falta de debido proceso en el procedimiento administrativo. Como lo han dicho autores destacados, “*si los funcionarios pueden demostrar que la decisión se adoptó de manera objetiva y racional (es decir, razonada), podrán desarticular cualquier reclamación efectuada en el marco del estándar. Si no pueden hacerlo, la conducta arbitraria debe remediarse*”⁴⁸⁷. Esto es particularmente cierto en el contexto del proceso de revisión tarifaria, que se basa en la cooperación de buena fe entre las partes y en el que las partes habían previsto la intervención de un órgano neutral para resolver las diferencias.
588. En resumen, el Tribunal Arbitral concluye que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no eran técnicamente vinculantes para la CNEE, esta tenía la obligación de considerarlas seriamente y de explicar sus razones en caso de que decidiera desconocerlas.
589. El Tribunal Arbitral también concluye que, conforme al artículo 98 del RLGE, el distribuidor no estaba obligado a incorporar a su estudio del VAD las observaciones formuladas por la CNEE respecto de las cuales existía un desacuerdo debidamente presentado a la Comisión Pericial. A menos que el regulador brindara razones válidas en contrario, dicha obligación solo surgiría si la Comisión Pericial se hubiera pronunciado a favor del regulador y, en tal caso, en el momento en que lo hubiera hecho.

d) Si la consultora del distribuidor y la Comisión Pericial podían apartarse de los Términos de Referencia

590. Otro punto de desacuerdo entre las Partes es si la consultora del distribuidor y la Comisión Pericial podían apartarse de los Términos de Referencia.
591. De acuerdo con el artículo 74, segundo párrafo, de la LGE, la CNEE debía elaborar términos de referencia para cada uno de los estudios del VAD de los distribuidores.

⁴⁸⁷ Grierson-Weiler y Laird, citando el Laudo *Saluka*, *supra* nota al pie 214, en “Standards of Treatment”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 284-285, traducción del Tribunal Arbitral.

En tal sentido, en enero de 2008, la CNEE redactó los Términos de Referencia para que Bates White los aplicara en la elaboración del estudio del VAD.

592. El desacuerdo de las Partes se relaciona principalmente con una disposición importante de los Términos de Referencia, el artículo 1.10, que establece lo siguiente: “*Los presentes [Términos de Referencia] muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos. De existir variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio. Los presentes términos de referencia no constituyen una modificación legal o reglamentaria, por lo que en caso de controversia entre alguna de las disposiciones de los presentes términos de referencia con la Ley o el Reglamento prevalecerán las disposiciones de estos, aplicando en todo caso el principio de jerarquía legal. Asimismo, cualquier omisión de estos términos de referencia, relativa a aspectos definidos en la Ley y el Reglamento en materia de tarifas se entenderá incorporada a los [Términos de Referencia]*”⁴⁸⁸.
593. El Demandante argumentó que el artículo 1.10 permitía al consultor del distribuidor apartarse de los Términos de Referencia a los efectos de que el estudio del VAD se ajustara al marco regulatorio⁴⁸⁹.
594. La Demandada, por el contrario, sostuvo que el artículo 1.10 tenía un alcance limitado y que solo podían introducirse cambios que se ajustaran a los propios Términos de Referencia⁴⁹⁰.
595. El Tribunal Arbitral entiende que el artículo 1.10 de los Términos de Referencia sienta dos principios claros.
596. El primero de ellos indica que los Términos de Referencia son “*lineamientos*”, lo cual sugiere un cierto grado de generalidad y flexibilidad⁴⁹¹. En opinión del Tribunal Arbitral, dicho término no se habría utilizado si al elaborar los Términos de Referencia no se hubiera tenido como fin preservar cierto grado de flexibilidad en su aplicación por parte de la consultora del distribuidor y la Comisión Pericial.

⁴⁸⁸ Anexo C-417.

⁴⁸⁹ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 122.

⁴⁹⁰ Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, § 89.

⁴⁹¹ Los lineamientos son guías, criterios generales.

597. Guatemala sostiene, a este respecto, que los Términos de Referencia son lineamientos “*a seguir*”⁴⁹². El Tribunal entiende esta postura en el sentido de que los Términos de Referencia eran vinculantes para el distribuidor y la Comisión Pericial. No obstante, el Tribunal Arbitral solo puede limitarse a señalar que dicha frase no se utiliza en la redacción del artículo 1.10 y no aparece en la LGE ni en el RLGE.
598. El artículo 1.10, una disposición que fue arduamente negociada con el distribuidor⁴⁹³, se incluyó precisamente para definir el alcance de la obligatoriedad de los Términos de Referencia; por ello resulta contrario a las disposiciones del artículo 1.10 que la naturaleza vinculante de los Términos de Referencia necesite ser evaluada.
599. El segundo principio que sienta el artículo 1.10 es que se admite la posibilidad de efectuar “*variaciones*”. El primer párrafo del artículo 1.10 prevé la posibilidad de que existan “*variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio*”, que luego deben estar “*plenamente justificadas*”. Dichos cambios son modificaciones a las metodologías propuestas en los términos de referencia.
600. La última parte del primer párrafo del artículo 1.10 también establece que todos los cambios deben ser congruentes con “*los lineamientos del Estudio*”. El sentido de esta última oración es poco claro y fue discutido en profundidad durante la audiencia.
601. De acuerdo con la declaración del presidente de la CNEE, Carlos Colom Bickford, quien era presidente de la CNEE al momento en que se desarrollaron los hechos, la frase “*los lineamientos del Estudio*” que aparece al final del primer párrafo del artículo 1.10 es una referencia a los mismos Términos de Referencia⁴⁹⁴. Resulta un tanto circular, sin embargo, decir que los Términos de Referencia son “*lineamientos*” y que toda variación de dichos lineamientos debe ser congruente con los propios lineamientos.
602. El Sr. Giacchino, de Bates White, ex-miembro de la Comisión Pericial, declaró, por su parte, que la frase “*lineamientos del Estudio*” hacía referencia al marco regulatorio⁴⁹⁵.
603. La Comisión Pericial abordó especialmente esta cuestión en su informe y, al respecto, consideró que “*los apartamientos debidamente justificados que permiten*

⁴⁹² Contestación, 316 (a).

⁴⁹³ Demanda, § 107; Contestación, § 315.

⁴⁹⁴ Transcripción, Día 5, p. 1172, § 15 – p. 1176, § 5.

⁴⁹⁵ Transcripción, Día 5, p. 863, § 17 - p. 865, § 22.

los [Términos de Referencia], *deberán coadyuvar a aplicar una metodología en el Estudio Tarifario que mejor refleje los requerimientos de la LGE y RLGE*⁴⁹⁶.

604. En consecuencia, la Comisión Pericial opinó que el artículo 1.10 permitía a la consultora del distribuidor, bajo el control de la Comisión Pericial, apartarse de los Términos de Referencia a los efectos de que el estudio del VAD se ajustara al marco regulatorio.
605. Es sabido que la CNEE, luego de recibir el informe, no objetó específicamente dicha conclusión. La Demandada solamente elaboró un argumento en contrario en el contexto de este arbitraje.
606. El Tribunal Arbitral no encuentra motivos para revisar la conclusión de la Comisión Pericial en este sentido. De hecho, la interpretación de la Comisión Pericial del artículo 1.10 parece enteramente razonable: si los Términos de Referencia son lineamientos que, de acuerdo con sus propias disposiciones, pueden sufrir modificaciones, es perfectamente razonable esperar que dichos cambios deban guardar correspondencia con los principios establecidos en la LGE y el RLGE.
607. Esta afirmación del Tribunal Arbitral encuentra sustento en la letra del artículo 1.10, segundo párrafo. Allí se sienta claramente el principio de que *“en caso de controversia entre alguna de las disposiciones de los presentes términos de referencia con la Ley o el Reglamento prevalecerán las disposiciones de estos, aplicando en todo caso el principio de jerarquía legal”*.
608. Guatemala sostiene que, en caso de una divergencia entre los Términos de Referencia y el marco regulatorio, el único recurso disponible para el distribuidor es impugnar por vía judicial los Términos de Referencia⁴⁹⁷. El Tribunal Arbitral no está de acuerdo.
609. El objetivo del artículo 1.10 era justamente permitir a la consultora del distribuidor, bajo el control de la Comisión Pericial, apartarse de los Términos de Referencia en caso de que estos no se ajustaran al marco regulatorio y evitar así las demoras y complicaciones propias de una impugnación judicial.
610. Esto no significa, por supuesto, afirmar que el distribuidor o la Comisión Pericial tenían libre discreción para modificar los Términos de Referencia a su conveniencia. El artículo 1.10 prescribe que las variaciones deben estar *“plenamente justificadas”* y ajustarse al marco regulatorio.

⁴⁹⁶ Informe de la Comisión Pericial, versión en español, p. 14 (Anexo R-87).

⁴⁹⁷ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 84.

2. Las supuestas declaraciones de la Demandada y las expectativas legítimas del Demandante al momento de hacer su inversión

611. TECO sostiene que Guatemala efectuó declaraciones específicas que indujeron al Demandante a invertir en el sector eléctrico del país⁴⁹⁸, y luego frustró las expectativas legítimas que habían surgido de dichas declaraciones⁴⁹⁹.
612. Las declaraciones supuestamente efectuadas por la Demandada fueron i) que el VAD se calcularía a partir del criterio de la empresa modelo eficiente utilizando el método del VNR⁵⁰⁰, ii) que la consultora de EEGSA calcularía el VAD⁵⁰¹ y iii) que las controversias que de allí surgieran serían resueltas por una comisión pericial⁵⁰².
613. Los argumentos del Demandante sobre la existencia de las declaraciones de Guatemala se basan esencialmente en ciertas declaraciones efectuadas en la ocasión de una presentación hecha por Guatemala en la etapa preparatoria de la privatización⁵⁰³, así como en el Memorándum de Venta preparado oportunamente por Salomon Smith Barney en calidad de consultor financiero de EEGSA⁵⁰⁴.
614. En la página 19 de la presentación, se señala que los *“cambios materiales deben estar apoyados por estudios independientes que demuestren que es práctica global”*⁵⁰⁵. En cuanto al Memorándum de Venta, se establece con mayor especificidad, en las partes pertinentes relacionadas con el marco regulatorio, que *“los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería, pero la Comisión puede disponer que los estudios sean agrupados por categoría de densidad. La Comisión revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias”*⁵⁰⁶.
615. Adjunto al Memorándum de Venta se incluyó un proyecto de la futura ley de electricidad, cuyo artículo 75 establecía lo siguiente: *“La Comisión [CNEE] revisará los estudios efectuados y podrá formular [sic] por escrito, la Comisión y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres*

⁴⁹⁸ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 60.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, § 62.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, §§ 63 y ss.

⁵⁰¹ *Ibid.*, §§ 70 y ss.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Demanda, § 55; Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 61; Anexo C-28.

⁵⁰⁴ Demanda, §§ 52 y ss.; Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 61; Anexo C-29.

⁵⁰⁵ Anexo C-28.

⁵⁰⁶ Anexo C-29.

*integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”*⁵⁰⁷.

616. La Demandada señala que las expectativas legítimas solo pueden corresponder a la entidad que realizó una inversión al momento de la privatización de EEGSA, y que no son transferibles al Demandante, que adquirió las acciones de EEGSA en 2005⁵⁰⁸. Asimismo, sostiene que las expectativas legítimas no cuentan con la protección del estándar mínimo de trato⁵⁰⁹. Por otro lado, afirma que la presentación y el Memorándum de Venta son instrumentos generales de carácter no vinculante que no podían, en ese momento, ser entendidos como declaraciones específicas efectuadas por el Estado al inversor⁵¹⁰. Por último, la Demandada argumenta que, a falta de una cláusula de estabilidad, la presentación y el Memorándum de Venta no podían ser entendidos como declaraciones en las que se afirma que el marco regulatorio no sería modificado⁵¹¹.
617. El Tribunal Arbitral opina que, en un contexto regulatorio, se debe hacer una distinción entre las expectativas que surgen de una declaración específica en la que se afirma que el marco regulatorio no será modificado en todo o en parte y la expectativa general de que el marco legal no se aplicará en forma arbitraria.
618. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con la Demandada en que la presentación y el Memorándum de Venta no incluían una declaración específica donde se afirmaba que el marco regulatorio no sufriría modificaciones.
619. De todas maneras, esta cuestión carece de importancia. Como se verá en las próximas secciones de este laudo⁵¹², no se declarará la responsabilidad del Estado sobre la base de la falta de estabilidad del marco regulatorio. De hecho, las modificaciones introducidas en 2007 al RLGE no alteraron los principios fundamentales en los que se basaba el marco regulatorio. El fundamento de la responsabilidad del Estado es, más bien, la inobservancia de dichos principios fundamentales y su violación del debido proceso administrativo.
620. Las expectativas legítimas en las que se basa el Demandante son, por el contrario, que la LGE y el RLGE se aplicarían de manera justa y no arbitraria.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Ver § 7, más arriba.

⁵⁰⁹ Dúplica, § 172.

⁵¹⁰ Contestación, §§ 558-560.

⁵¹¹ *Ibid.*, §§ 562 y ss.

⁵¹² Ver § 629, más abajo.

621. Resulta lógico pensar, en opinión del Tribunal Arbitral, que un inversor tenga la expectativa de que el marco legal pertinente no se incumplirá ni se aplicará de manera arbitraria. No obstante, el tipo de expectativa no tiene importancia a la hora de determinar si un Estado debe ser considerado responsable de una conducta arbitraria de alguno de sus organismos⁵¹³. Lo que importa es si la conducta del Estado ha sido arbitraria desde un punto de vista objetivo, no lo que el inversor esperaba años antes de que ocurrieran los hechos. La inobservancia intencional de la ley o la aplicación arbitraria de la ley por parte del ente regulador constituye por sí mismo un incumplimiento del estándar mínimo, sin necesidad de recurrir al principio de las expectativas legítimas.
622. En consecuencia, no hay necesidad de indagar con mayor profundidad los argumentos de las Partes sobre las declaraciones y las expectativas legítimas. En particular, no hay necesidad de que el Tribunal analice los argumentos de las Partes sobre si el Demandante tiene derecho a basar sus decisiones en las supuestas expectativas de la entidad que invirtió en EEGSA en 1998.

3. El comportamiento de la Demandada

623. El Demandante argumenta que Guatemala incumplió el estándar mínimo, por cuanto **a)** modificó, para su propio beneficio, el artículo 98 del RLGE, **b)** manipuló los Términos de Referencia y no colaboró de buena fe con EEGSA durante el proceso de revisión tarifaria, **c)** disolvió la Comisión Pericial, **d)** se negó a considerar el informe de la Comisión Pericial y estableció tarifas basadas en el estudio del VAD de su consultora, y **e)** tomó represalias contra EEGSA.

a) Las modificaciones del artículo 98 del RLGE

624. El Demandante señala, en primer lugar, que Guatemala, en incumplimiento de sus obligaciones internacionales, modificó el artículo 98 del RLGE de manera de permitir, en ciertas circunstancias, que se fijaran tarifas sobre la base del estudio independiente del regulador, y no del estudio del distribuidor⁵¹⁴.
625. En el artículo 98 del RLGE, aprobado en 1997, se establecía que, en el supuesto de que el distribuidor no presentara su estudio o las correcciones solicitadas por el

⁵¹³ Escritos de Parte No Contendiente de: la República de El Salvador, §§ 13-14; la República Dominicana, §§ 6, 7, y 10; y la República de Honduras, §§ 9-10.

⁵¹⁴ Demanda, § 84; Réplica, § 91.

regulador, la tarifa anterior seguiría vigente provisionalmente. Según el artículo 98 modificado en 2007, ante la misma situación, la CNEE tiene derecho a publicar la tarifa sobre la base de su propio estudio independiente.

626. En primer lugar, el Tribunal Arbitral acuerda con la Demandada que las reclamaciones del Demandante están prescriptas ya que se basan en dicha modificación, supuestamente ilegal, del artículo 98.

627. El artículo 10.18.1 del CAFTA-RD establece que “[n]inguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada [...]”.

628. En el presente caso, la modificación en disputa fue publicada en el Diario de Centro América en marzo de 2007⁵¹⁵. En consecuencia, el Demandante debió haber tenido conocimiento de la modificación en esa fecha o al poco tiempo. Toda reclamación basada en el hecho de que la Demandada, al incorporar la modificación, violó las obligaciones contraídas en virtud del tratado prescribió en marzo de 2010. Tal como considera el Tribunal Arbitral, y en contra de la presentación del Demandante⁵¹⁶, esta no es una cuestión de jurisdicción sino de admisibilidad. El hecho de que la Demandada⁵¹⁷ no planteara en su memorial de jurisdicción y admisibilidad una objeción jurisdiccional en este sentido carece de importancia.

629. En todo caso, este argumento está mal fundamentado. Como bien señaló la Demandada, Guatemala nunca acordó ni declaró que no se incorporarían modificaciones al marco regulatorio. A falta de una cláusula de estabilidad, es justo esperar que el Estado modifique las leyes y normas pertinentes según corresponda⁵¹⁸. Solo si se efectúa una modificación al marco regulatorio de mala fe o con la intención de privar al inversor de los beneficios de su inversión, el Estado estaría incurriendo en responsabilidad internacional.

630. En el presente caso, el Tribunal Arbitral no entiende que la modificación del artículo 98 del RLGE sea injusta o arbitraria. Se entiende que, interpretado correctamente, el artículo 98 del RLGE modificado no concede la libre discreción al

⁵¹⁵ Anexo C-105.

⁵¹⁶ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 116.

⁵¹⁷ El Demandante se refiere erróneamente al “Demandante” en lugar de a la “Demandada” en la última oración del § 116 de su Escrito posterior a la Audiencia.

⁵¹⁸ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI n.º ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, § 364; *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI n.º ARB(AF)/07/04, Decisión sobre Responsabilidad, 22 de mayo de 2012, § 153.

regulador de aplicar su propio estudio independiente. De hecho, como se explica en secciones anteriores del presente laudo⁵¹⁹, la modificación solo permite que la tarifa se base en el estudio propio del regulador en dos circunstancias específicas.

631. La primera de ellas se configura ante la omisión total del distribuidor de presentar su estudio. En dicho caso, es completamente entendible que el regulador no desee congelar la tarifa previa.
632. La segunda se configura cuando el distribuidor omite hacer las correcciones solicitadas por el regulador. El Tribunal Arbitral concuerda con el Demandante que ello, como lo interpreta Guatemala (es decir, que la omisión del distribuidor de aplicar los cambios sobre los cuales existe un desacuerdo presentado a la Comisión Pericial permite que el regulador fije inmediatamente las tarifas sobre la base de su propio estudio), llevaría al resultado absurdo de restarle todo sentido al proceso de determinación pericial y otorgar al regulador la libre discreción de fijar las tarifas. El Tribunal Arbitral, sin embargo, determinó que ese no es el sentido del artículo 98 del RLGE modificado⁵²⁰.
633. El artículo 98 del RLGE modificado, al referirse a la omisión del distribuidor de corregir el estudio del VAD, obviamente se aplica a las correcciones que no están en disputa o respecto de las cuales la Comisión Pericial emitió una decisión a favor del regulador (o respecto de las cuales el regulador, luego de su debida consideración, habría expresado de buena fe motivos suficientes para desconocer el informe de la Comisión Pericial). El Tribunal Arbitral no considera objetable que, si el distribuidor omite incorporar las correcciones en dicha situación, el regulador pueda decidir utilizar su propio estudio independiente.
634. Al evaluar si la modificación de 2007 del artículo 98 está abierta a la crítica, el Tribunal Arbitral también considera importante que el Demandante no haya objetado en su momento la modificación, ya sea a través de un reclamo informal o mediante un recurso de amparo.
635. El segundo argumento esgrimido por el Demandante sobre el supuesto abuso de poder del Estado se relaciona con la incorporación al RLGE, el 19 de mayo de 2008, del artículo 98 bis, en virtud del cual, en caso de desacuerdo entre el regulador y el

⁵¹⁹ Ver §§ 524-526, más arriba.

⁵²⁰ Ver §§ 547-589, más arriba.

distribuidor, el tercer integrante de la Comisión Pericial sería designado por el Ministerio de Energía⁵²¹.

636. No está en discusión que el artículo 98 bis del RLGE no se aplicaba a las tarifas correspondientes al período 2008-13 en virtud del principio de no retroactividad de la ley guatemalteca.

637. El Tribunal Arbitral opina que, puesto que el Demandante vendió su participación en EEGSA en octubre de 2010 y, en consecuencia, no participó en el proceso de revisión tarifaria correspondiente al período 2013-18, no está facultado para reclamar los daños derivados de las consecuencias potencialmente perjudiciales de dicha modificación.

638. Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral rechaza los argumentos del Demandante relacionados con el abuso de poder del Estado respecto de las modificaciones del artículo 98 del RLGE.

b) Las supuestas manipulaciones de los Términos de Referencia por parte de la CNEE y la supuesta falta de colaboración de la CNEE en el proceso de revisión tarifaria

639. El Demandante realizó una serie de alegaciones según las cuales la CNEE i) intentó incluir en los Términos de Referencia un nuevo artículo 1.9, en virtud del cual se le reconocía discreción irrestricta para declarar “no recibido” el estudio del VAD de EEGSA⁵²², ii) incluyó en los Términos de Referencia una fórmula del FRC que era incompatible con el marco regulatorio⁵²³, iii) se negó a colaborar de buena fe con el proceso de revisión tarifaria⁵²⁴ y iv) intentó influenciar a la Comisión Pericial en forma indebida⁵²⁵.

640. En cuanto al argumento sobre el intento de la CNEE de incluir el nuevo artículo 1.9 en los Términos de Referencia, está probado que la CNEE aceptó reemplazar el artículo 1.9 que había sido propuesto en los Términos de Referencia, por el artículo 1.8, lo cual no fue objetado por el Demandante⁵²⁶. Por consiguiente, el argumento del Demandante sobre el artículo 1.9 carece de importancia.

⁵²¹ Acuerdo Gubernativo 145-2008 (Anexo C-212).

⁵²² Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, §§ 118 y ss.

⁵²³ *Ibid.*, §§ 130 y ss.

⁵²⁴ *Ibid.*, §§ 136-138.

⁵²⁵ *Ibid.*, §§ 148 y ss.

⁵²⁶ *Ibid.*, § 119.

641. El Demandante formuló una serie de argumentaciones adicionales según las cuales los Términos de Referencia “*incluían disposiciones que predeterminaban los resultados del estudio del VAD, en contravención del Artículo 74 de la LGE*”⁵²⁷. No obstante, el Demandante también sostiene que, como consecuencia de la introducción de dichas disposiciones, las Partes acordaron incluir el artículo 1.10 en los Términos de Referencia como salvaguarda, y EEGSA retiró su amparo⁵²⁸. Por consiguiente, estos argumentos también carecen de importancia.
642. En cuanto al argumento del Demandante sobre el hecho de que la Demandada actuó “*de manera ostensiblemente arbitraria al incorporar una fórmula del FRC a los [términos de referencia] 2008-2013 de EEGSA que era incompatible con el marco regulatorio*”⁵²⁹, resulta incompatible con la propia posición del Demandante que el regulador aceptara introducir flexibilidad en el artículo 1.10 mediante el concepto de lineamientos y la posibilidad de hacer variaciones con el objetivo de que los Términos de referencia se ajustaran efectivamente al marco regulatorio.
643. Si el regulador aceptaba (tal como señaló el Tribunal Arbitral en secciones anteriores de este laudo) que el estudio del VAD del distribuidor podía apartarse de los Términos de Referencia en los puntos en que los Términos de Referencia no resultaban compatibles con el marco regulatorio, la introducción en los Términos de Referencia de una fórmula del FRC, que supuestamente contravenía la ley, no podría haber causado ningún perjuicio, puesto que, en definitiva, dicha discrepancia podría haber sido subsanada por el propio consultor del distribuidor bajo el control de la Comisión Pericial.
644. Por otro lado, el Demandante señala que, durante el proceso de revisión tarifaria, “*la CNEE se negaba a mantener discusiones concretas con EEGSA y Bates White en relación con dicho estudio del VAD, a pesar de las reiteradas solicitudes de EEGSA*”⁵³⁰. El Tribunal Arbitral no encuentra fundamentos en el expediente para una afirmación tal. Los hechos demuestran, por el contrario, que el regulador mantenía contactos fluidos con el distribuidor. Asimismo, cabe destacar que una afirmación tal, aunque se probara, no constituiría una violación de las obligaciones del Estado en virtud del estándar mínimo de trato del derecho internacional.

⁵²⁷ *Ibid.*, § 120.

⁵²⁸ *Ibid.*, § 121.

⁵²⁹ *Ibid.*, § 130.

⁵³⁰ *Ibid.*, § 136.

645. Por último, el Demandante sostiene que la CNEE intentó manipular el proceso de revisión tarifaria e influenciar a la Comisión Pericial en forma indebida.
646. El Demandante afirma, en primer lugar, que la CNEE abusó de su poder al elaborar las Reglas Operativas de la Comisión Pericial mediante el intento indebido de incluir una disposición que prescribía que el informe de la Comisión Pericial no sería vinculante para la CNEE⁵³¹.
647. En principio, el Tribunal Arbitral advierte que ni la LGE ni el RLGE contemplan la redacción de Reglas Operativas para la Comisión Pericial. En consecuencia, si bien el regulador y el distribuidor procuraron elaborar dichas Reglas Operativas, el regulador no tenía obligación alguna de garantizar que las discusiones llegaran a buen término.
648. Las Partes no están de acuerdo sobre si el regulador y el distribuidor acordaron en definitiva la elaboración de las Reglas Operativas para la Comisión Pericial. El Demandante se apoya en la declaración del Sr. Colom (expresidente de la CNEE y testigo presentado por Guatemala) para sostener que dicho acuerdo sobre las Reglas Operativas existió y que Guatemala lo repudió en forma arbitraria⁵³². Por el contrario, Guatemala sostiene que, si bien existió un acuerdo informal sobre ciertas Reglas Operativas, la decisión formal de adoptar un conjunto completo de Reglas Operativas para la Comisión Pericial debió haberse plasmado por escrito y de acuerdo con las formalidades previstas en el derecho administrativo de Guatemala⁵³³.
649. El Tribunal Arbitral no encuentra elementos en las actuaciones para probar que en algún momento el regulador y el distribuidor hayan acordado las Reglas Operativas. El único fundamento en el cual se apoya el Demandante para sostener que existió dicho acuerdo es el anexo C-128, esto es, un correo electrónico en el que el Sr. Calleja, de EEGSA, reenviaba al Sr. Giacchino un proyecto de Reglas Operativas y le indicaba que habían sido aprobadas. Sin embargo, la CNEE no aparecía copiada en dicho correo y no existe prueba en las actuaciones de que la CNEE alguna vez haya dado su acuerdo a lo que el Sr. Calleja entendía eran las Reglas Operativas definitivas.
650. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral rechaza los argumentos del Demandante sobre el repudio arbitrario de la CNEE de las Reglas Operativas acordadas.

⁵³¹ *Ibid.*, § 142.

⁵³² *Ibid.*, § 145; Transcripción, Día 5, p. 1140, § 20 – p. 1141, § 22.

⁵³³ Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, § 170.

651. El Demandante también sostiene que la CNEE intentó influenciar a la Comisión Pericial en forma indebida durante el proceso de revisión tarifaria mediante comunicaciones *ex parte* con su miembro designado, el Sr. Riubrugent, mientras que su propio miembro designado, el Sr. Giacchino, se abstuvo de entablar dichas comunicaciones⁵³⁴.
652. El Tribunal Arbitral no encuentra elementos convincentes para entender que el regulador actuó en forma indebida al comunicarse con el Sr. Riubrugent. El regulador bien podría haber creído, ante la falta de Reglas Operativas y de un marco legal que contemplara la aplicación de la ley guatemalteca a dicho procedimiento pericial, que cada parte podía mantener contacto con su propio miembro designado con el fin de garantizar la eficacia del procedimiento.

c) La decisión de la CNEE de disolver la Comisión Pericial

653. La CNEE recibió el informe de la Comisión Pericial el viernes 25 de julio de 2008 a las 16:00⁵³⁵. El lunes 28 de julio de 2008, la CNEE envió a EEGSA su Resolución 3121, por la cual declaraba la disolución definitiva de la Comisión Pericial “*en virtud de haber cumplido con el objetivo de su nombramiento*”⁵³⁶.
654. El Demandante sostiene que la CNEE “*disolvió unilateralmente la Comisión Pericial y amenazó a su propio perito designado para evitar que la Comisión Pericial examinara y aprobara el estudio tarifario revisado de Bates White de conformidad con la Regla 12*”, y que, al hacerlo, “*socavó el propio marco legal y regulatorio que Guatemala había adoptado con el objetivo de despolitizar el proceso de revisión tarifaria y promover la inversión extranjera en el sector eléctrico*”⁵³⁷.
655. Sin embargo, el Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que la CNEE no había aprobado las Reglas Operativas de la Comisión Pericial, incluida la regla 12 propuesta, en la que se disponía que la Comisión Pericial continuaría funcionando después de haber emitido su informe a fin de verificar su aplicación. Además, ni la LGE ni el RLGE contienen disposición alguna que establezca o indique que la Comisión Pericial cumpliría la función de verificar si sus pronunciamientos fueron incorporados en el estudio del VAD y de qué forma.

⁵³⁴ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, §§ 148 y ss.

⁵³⁵ Anexo R-88.

⁵³⁶ Anexo C-247.

⁵³⁷ Réplica, § 158.

656. El Demandante señala que, debido a que la Comisión Pericial “*se constituye sobre la base del acuerdo de ambas partes, [...] ni la CNEE ni la distribuidora tienen autoridad para disolverla unilateralmente*”⁵³⁸. Sin embargo, lo que es importante a los ojos del Tribunal Arbitral es que en la LGE y el RLGE solo se dispone que la Comisión Pericial se pronunciará acerca de diferencias relativas al estudio del VAD del distribuidor y que dicha normativa no contiene disposición alguna acerca de la aplicación efectiva de sus pronunciamientos.
657. En consecuencia, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que la CNEE tenía derecho, una vez presentado su informe, a disolver la Comisión Pericial. Indudablemente, la CNEE podría haber decidido que era pertinente y útil mantener a la Comisión Pericial en funcionamiento a fin de que prestara asistencia para la aplicación efectiva de su informe. Sin embargo, decidió no hacerlo, y dicha opción no constituye un abuso manifiesto de poder ni una decisión arbitraria que contravendría las obligaciones internacionales del Estado conforme al estándar mínimo de trato.

d) El rechazo por parte de la CNEE del informe de la Comisión Pericial y la decisión de determinar las tarifas según los estudios del VAD de su propia consultora

658. El 29 de julio de 2008, la CNEE aprobó la Resolución 144-2008, por la cual decidió fijar las tarifas sobre la base del informe del VAD preparado por su propia consultora, Sigla.
659. A continuación se citan las partes pertinentes de la Resolución 144-2008:
- “Que de acuerdo a la metodología establecida en los Términos de Referencia, en el numeral 1.10 se estableció que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, debía verificar las variaciones con lo establecido en dichos términos, y como consta en el expediente administrativo, durante la etapa de supervisión del avance de dichos estudios y de conformidad con el artículo 74 de la Ley General de Electricidad, se emitieron comentarios por parte de la Comisión [CNEE] a la Distribuidora haciéndole ver que dichas variaciones no se justificaban de acuerdo a la metodología y los lineamientos del estudio.*

CONSIDERANDO:

⁵³⁸ *Ibid.*, § 167.

Que mediante nota identificada como GG-045-2008 de fecha treinta y uno de marzo de dos mil ocho Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima remitió a esta Comisión [CNEE] el Estudio Tarifario, con la finalidad de que el mismo fuera declarado procedente conforme lo establecido en el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad y que con fecha once de abril de dos mil ocho, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica por medio de la Resolución CNEE-63-2008, declaró improcedente dicho estudio, formulando las observaciones correspondientes, para que el estudio fuera corregido por la Distribuidora a través de su empresa consultora, requiriendo la adecuación del mismo conforme a lo establecido en los Términos de Referencia.

CONSIDERANDO:

Que con fecha cinco de mayo de dos mil ocho, Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio de la Nota GG-060-2008, presentó nuevamente ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el Estudio Tarifario omitiendo hacer la corrección a la totalidad de las observaciones realizadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a través de la referida Resolución CNEE-63-2008, como lo establece el artículo 98 del Reglamento de la Ley General de Electricidad.

CONSIDERANDO:

Que conforme a lo establecido en la legislación vigente, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica mediante Resolución CNEE-96-2008, formuló por escrito las discrepancias con el Estudio Tarifario y ordenó conformar la Comisión Pericial, la cual remitió su pronunciamiento con fecha veinticinco de julio de dos mil ocho, y luego del análisis del mismo, se confirmó que en el Estudio Tarifario presentado por la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, por medio de la Nota GG-060-2008, se omitió efectuar la corrección a la totalidad de las observaciones señaladas en la Resolución 63-2008

CONSIDERANDO:

Con fundamento en el artículo 98 y 99 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

mandato legal aprobar un estudio tarifario que sirva de base para la fijación de las tarifas definitivas.

POR TANTO:

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica con base en lo considerado y la normativa citada,

RESUELVE:

I. Aprobar en forma definitiva el Estudio Tarifario elaborado por la Asociación de empresas conformada por SISTEMAS ELECTRICOS Y ELECTRÓNICOS DE POTENCIA, CONTROL Y COMUNICACIONES, SOCIEDAD ANÓNIMA Y SIGLA, SOCIEDAD ANÓNIMA; el cual será la base para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima.

II. La presente resolución, entrara en vigencia a partir del día de su aprobación”⁵³⁹.

660. Según el Demandante, la decisión de EEGSA de “*imponer a EEGSA su propio VAD irrazonablemente bajo, reflej[a] un repudio deliberado e intencional del marco legal y regulatorio*”⁵⁴⁰.

661. Por el contrario, la Demandada aduce que, según el marco regulatorio y, en particular, el artículo 98 del RLGE, la CNEE, tras recibir el informe de la Comisión Pericial, podía optar entre corregir el propio estudio del VAD del distribuidor o, si no encontraba satisfactorio dicho estudio, usar el informe preparado por su propia consultora⁵⁴¹.

662. De acuerdo con la argumentación de la Demandada, luego de recibir el informe de la Comisión Pericial, la CNEE advirtió que “*la implementación de los pronunciamientos al estudio se estimaba entre hasta cinco semanas dependiendo del pronunciamiento, lo que hacía imposible corregir el estudio en el tiempo que quedaba disponible. Por otro lado, al no estar el modelo de Bates White ‘linkeado’ era imposible incorporar ciertos cambios y realizar estas sensibilidades de una*

⁵³⁹ Resolución 144-2008, extractos relevantes (Anexo C-272).

⁵⁴⁰ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 164.

⁵⁴¹ Dúplica, § 451.

forma eficiente". Asimismo, *"habiendo la CNEE requerido a Bates White proveer un estudio auditable durante más de siete meses y ante la negativa de éste de proporcionarla [sic], existían dudas sobre la integridad del estudio como para invertir esfuerzos y modificarlo"*⁵⁴².

663. La Demandada también sostiene que, al recibir una versión corregida del estudio de Bates White el 28 de julio de 2008, *"luego de una revisión preliminar realizada por la División de Tarifas, la CNEE pudo comprobar que los modelos seguían sin estar vinculados ni completamente sustentados y la base de datos seguía siendo un archivo excel sin ningún tipo de automatización que permitiera acceder rápidamente a las fuentes de los precios eficientes como para verificar los valores en los dos días que quedaban"*⁵⁴³.

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

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

666. Antes que nada, resulta necesario, en este punto del análisis, resumir las conclusiones del Tribunal Arbitral sobre la interpretación del marco regulatorio.

667. Primero, el Tribunal Arbitral concluyó que, de acuerdo con el artículo 98 del RLGE, el regulador tiene derecho a fijar las tarifas sobre la base de su propio estudio del VAD solo en dos circunstancias específicas, a saber, cuando el distribuidor no presenta su propio estudio y cuando el distribuidor no corrige el estudio en función de las observaciones realizadas por el regulador⁵⁴⁴.

⁵⁴² *Ibid.*, § 452.

⁵⁴³ *Ibid.*, § 453.

⁵⁴⁴ Ver §§ 524-526, más arriba.

668. Segundo, el Tribunal Arbitral también concluyó que, debido a que el marco regulatorio establece que una comisión pericial neutral se pronunciará en caso de desacuerdo sobre las observaciones del regulador, el artículo 98 del RLGE solo obliga al distribuidor a hacer correcciones en función de las observaciones sobre las que i) no hay desacuerdo o, ii) en caso de desacuerdo, la Comisión Pericial se pronunció a favor del regulador (a menos que este exprese razones válidas para apartarse de las decisiones de los peritos)⁵⁴⁵.
669. Tercero, el Tribunal Arbitral concluyó que la Comisión Pericial no tenía, como argumenta la Demandada, la función de verificar que la consultora del distribuidor aplicara todas las observaciones del regulador sobre el estudio del VAD. Su función era, por el contrario, pronunciarse sobre los desacuerdos relativos a dichas observaciones⁵⁴⁶, lo que implica que la Comisión Pericial podía arribar a conclusiones a favor o en contra del regulador.
670. Por último, el Tribunal Arbitral concluyó que, si bien las conclusiones de la Comisión Pericial no son técnicamente vinculantes en el sentido de que la Comisión Pericial no cuenta con poder de decisión, el regulador tenía la obligación de considerarlas seriamente y de proveer razones en el caso que decidiera apartarse de ellas⁵⁴⁷.
671. Sobre la base de dichos principios, el Tribunal Arbitral procederá a analizar si la Resolución 144-2008 es arbitraria y constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado en virtud del estándar mínimo de trato.
672. En primer lugar, es importante destacar que la resolución no se basaba en el hecho de que el informe de la Comisión Pericial no se ajustaba al marco regulatorio. Tampoco estaba basada en el hecho de que Bates White no había incorporado en su informe las conclusiones de la Comisión Pericial sobre las observaciones en disputa.
673. La Resolución 144-2008, por el contrario, se basaba en el hecho de que el distribuidor no había aplicado en su estudio *“la totalidad de las observaciones realizadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a través de la [...] Resolución CNEE-63-2008”*.

⁵⁴⁵ Ver § 589, más arriba.

⁵⁴⁶ Ver § 574, más arriba.

⁵⁴⁷ Ver § 588, más arriba.

674. La Resolución 63-2008 corresponde a la decisión del 11 de abril de 2008, mediante la cual el regulador efectuó sus observaciones a la primera versión del estudio del VAD de Bates White.
675. En consecuencia, la decisión del regulador de aplicar su propio estudio del VAD se basaba en el hecho de que el distribuidor no había incorporado en su informe la totalidad de las observaciones efectuadas en *abril de 2008*. Dicha supuesta omisión fue, por ende, independiente del hecho de que existía un desacuerdo sobre las observaciones y de que ellas habían sido sometidas a consideración de la Comisión Pericial.
676. La decisión de la CNEE es coherente con la posición de la Demandada de que la función de la Comisión Pericial se limitaba a verificar que la consultora del distribuidor había implementado la totalidad de las observaciones.
677. Dicha posición, sin embargo, no es congruente con el marco regulatorio, según lo interpretó la Corte de Constitucionalidad. Este alto tribunal dejó en claro que la Comisión Pericial cumplía una función consultiva, lo cual conllevaba su obligación de ofrecer su opinión en caso de desacuerdo sobre las observaciones de la CNEE. Dado que el marco regulatorio prevé que la Comisión Pericial es un organismo neutral, es claro que sus opiniones podrían ser a favor o en contra del regulador.
678. En la Resolución 144-2008 se indica, sin embargo, que la CNEE no consideró el informe de la Comisión Pericial como el pronunciamiento de un panel neutral de peritos que debía tener en cuenta para determinar la tarifa. La CNEE, por el contrario, utilizó el informe pericial para afirmar que algunas de las observaciones que había formulado en abril de 2008 no habían sido incorporadas en el estudio, independientemente de que existía una discrepancia y de las opiniones que habían expresado los peritos sobre dicha discrepancia. En otras palabras, la CNEE decidió, sin motivo alguno, no tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Pericial.
679. El Tribunal Arbitral también considera que la decisión del regulador de aplicar el estudio de su propia consultora no se ajusta al artículo 98 del RLGE.
680. De hecho, para que la decisión del regulador se ajuste al artículo 98, debería haber dicho que el distribuidor omitió corregir su estudio de acuerdo con el pronunciamiento de la Comisión Pericial o haber explicado por qué el regulador decidió no aceptar las los pronunciamientos de la Comisión Pericial.
681. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la Resolución 144-2008 no guarda concordancia con el marco regulatorio. Al desconocer el estudio del distribuidor

porque había omitido incorporar la *totalidad* de las observaciones que la CNEE había realizado en abril de 2008, sin tomar en cuenta las conclusiones de la Comisión Pericial ni hacer referencia a ellas, la CNEE actuó arbitrariamente y en violación del proceso administrativo delineado para la revisión tarifaria.

682. El Tribunal Arbitral opina que tanto el marco regulatorio como el estándar mínimo de trato del derecho internacional obligaban a la CNEE a actuar en concordancia con los principios fundamentales aplicables al proceso de revisión tarifaria previsto en las leyes guatemaltecas.
683. La CNEE, luego de recibir el informe de la Comisión Pericial, lo debería haber analizado y debería haber tomado en cuenta sus conclusiones al determinar la tarifa sobre la base del estudio del VAD de Bates White, a menos que hubiera tenido una justa razón para considerar que dichas conclusiones no se ajustaban al marco regulatorio, en cuyo caso tenía la obligación de expresar fundamentos válidos en tal sentido. No obstante, no se ofrecieron dichos fundamentos.
684. Guatemala sostiene que la incorporación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial en el estudio de Bates White hubiera consumido demasiado tiempo y no hubiera sido compatible con la necesidad de publicar las tarifas el 1 de agosto de 2008⁵⁴⁸.
685. Sin embargo, no existe disposición alguna en el marco regulatorio que obligue a la CNEE a publicar las tarifas el primer día del período. Muy por el contrario, el artículo 99 del RLGE establece que las tarifas se publicarán una vez que hayan sido aprobadas, a más tardar nueve meses contados desde el inicio del período tarifario. En consecuencia, la CNEE tenía hasta el 1 de mayo de 2009 para publicar las nuevas tarifas. Mientras tanto, de acuerdo con el artículo 99, las tarifas previas podrían haber seguido vigentes con sus fórmulas de ajuste.
686. Según Guatemala, la fecha de entrega acordada para el pronunciamiento de la Comisión Pericial estaba pactada para mediados de julio de 2008, más concretamente el 18 de julio⁵⁴⁹. La CNEE luego acordó extender el plazo a “*la semana del 24 de julio de 2008*”⁵⁵⁰. La Comisión Pericial cumplió con dicho plazo. El regulador tenía conocimiento de la complejidad de las cuestiones planteadas y no podía ignorar que

⁵⁴⁸ Dúplica, § 452.

⁵⁴⁹ Contestación, § 388.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, §§ 388-389.

llevaría más de unos pocos días analizar las conclusiones de la Comisión Pericial e incorporarlas en el estudio del VAD.

687. En opinión del Tribunal Arbitral, al aceptar que la Comisión Pericial entregaría su informe en la semana del 24 de julio de 2008, o incluso a mediados de julio de 2008, la CNEE también tenía que aceptar que no estaría en condiciones de considerar seriamente las conclusiones de los peritos, de corregir el estudio del VAD de Bates White y de llegar a publicar las tarifas el 1 de agosto de 2008.
688. Al aceptar recibir el informe de la Comisión Pericial en la semana del 24 de julio de 2008 y después ignorarlo junto con el estudio de Bates White con el argumento de que dicha fecha no le dejaba tiempo suficiente para publicar las tarifas el 1 de agosto de 2008, la CNEE actuó en violación de los principios fundamentales del debido proceso, y de una forma contradictoria y aberrante.
689. La Demandada reconoce que solo realizó una “*revisión preliminar*” de la versión corregida del estudio de Bates White el 28 de julio y concluyó que, debido a que los modelos seguían sin estar vinculados y que no podía acceder “*rápidamente a las fuentes de los precios eficientes*”, dicho estudio no podía modificarse “*en los dos días que quedaban*”⁵⁵¹.
690. El Tribunal Arbitral opina que, tanto en virtud del marco regulatorio como del estándar mínimo de trato, la CNEE, luego de un exhaustivo examen del informe de la Comisión Pericial, podría y debería haber destinado el tiempo suficiente a incorporar sus conclusiones en el estudio de Bates White. Está claro que la “*revisión preliminar*” que llevó a cabo la CNEE en menos de un día no resultó suficiente para cumplir esta obligación. El Tribunal Arbitral no encuentra justificativos para dicho comportamiento, más allá del deseo de rechazar el estudio de Bates White para dar lugar al estudio de Sigla, que era más favorable.
691. La arbitrariedad de la conducta del regulador queda al descubierto por el resultado de la “*revisión preliminar*”⁵⁵² que llevó a cabo, durante el fin de semana del 26 y 27 de julio, del informe de la Comisión Pericial y por sus potenciales efectos sobre la versión del estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008.

⁵⁵¹ Dúplica, § 453.

⁵⁵² *Ibid.*, § 441. La CNEE utiliza el calificativo “*preliminar*” para referirse tanto a la revisión del informe de la Comisión Pericial (que se llevó a cabo en el fin de semana del 26 y 27 de julio) como a la revisión del estudio de Bates White del 28 de julio.

692. El resultado de dicha revisión se ha resumido en un documento preparado por la propia CNEE⁵⁵³, donde el regulador indica que, si se hubiera corregido de acuerdo con los pronunciamientos de la Comisión Pericial, el estudio de Bates White del 5 de mayo habría arrojado un VNR de US\$621 millones (en lugar de la cifra superior de US\$1053 millones propuesta en el estudio revisado de Bates White). En ese mismo documento, la CNEE menciona que el VNR propuesto por Sigla, su propia consultora independiente, era de solo US\$451 millones⁵⁵⁴.
693. El Tribunal Arbitral arriba a dos conclusiones en relación con este punto.
694. En primer lugar, esta revisión preliminar muestra que, si hubiera destinado el tiempo suficiente, la CNEE podría haber corregido el estudio de Bates White de acuerdo con las conclusiones de la Comisión Pericial.
695. En segundo lugar, el regulador sabía en ese momento que corregir el estudio de Bates White hubiera implicado el cálculo de un VNR mayor al VNR propuesto por Sigla.
696. Guatemala reconoce que el informe de Sigla no reflejaba los pronunciamientos de la Comisión Pericial. Guatemala señala, a este respecto, que las conclusiones del Demandante de que el informe de Sigla era “*injustificado desde un punto de vista financiero e ingenieril [...] parten de un error fundamental que es asumir que el estudio Sigla debía reflejar los pronunciamientos de la Comisión Pericial incluyendo los que infringieron los Términos de Referencia*”⁵⁵⁵.
697. El Tribunal Arbitral ya explicó las razones por las cuales cree que la noción de Guatemala sobre la función de la Comisión Pericial es incorrecta⁵⁵⁶. La Comisión Pericial no tenía la función de verificar que el consultor del distribuidor hubiera aceptado todos los comentarios del regulador, sino opinar sobre la medida en que dichos comentarios se ajustaban al marco regulatorio en caso de desacuerdo.
698. En cuanto a la opinión de Guatemala sobre la libertad del regulador de fijar las tarifas sobre la base de un estudio del VAD que no reflejara los pronunciamientos de la Comisión Pericial, también se entiende que es incorrecta. De hecho, el marco regulatorio solo permite a la CNEE aplicar su propio estudio unilateral del VAD en dos circunstancias especiales, ninguna de las cuales se dio en el presente caso⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Anexo C-547.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, Tabla de la p. 8.

⁵⁵⁵ Dúplica, § 465.

⁵⁵⁶ Ver §§ 575 y ss., más arriba.

⁵⁵⁷ Ver §§ 526 y ss., más arriba.

699. Guatemala también sugiere que la diferencia entre el VNR propuesto por Bates White y el corregido por la CNEE en su estudio preliminar del informe de la Comisión Pericial (US\$621 millones contra US\$451 millones) puede explicarse por el hecho de que la Comisión Pericial supuestamente incumplió los Términos de Referencia, en particular respecto del FRC. El Tribunal Arbitral no está de acuerdo.
700. En primer lugar, si el regulador estaba en desacuerdo con las conclusiones de la Comisión Pericial sobre la depreciación, debería haber expresado de buena fe dicho desacuerdo en forma razonable al recibir el informe de la Comisión Pericial.
701. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral determinó que, en los Términos de Referencia, se permitía a la Comisión Pericial apartarse de ellos en caso necesario a fin de que el informe del VAD se ajustara al marco regulatorio⁵⁵⁸. Esto es lo que hizo la Comisión Pericial de manera razonable respecto de la depreciación⁵⁵⁹. El Tribunal Arbitral no encuentra motivos fundados para revisar la opinión de la Comisión Pericial en este aspecto.
702. Cabe destacar que el perito de Guatemala, el Sr. Damonte, al calcular las pérdidas sufridas por EEGSA durante el período tarifario⁵⁶⁰, así como la CNEE, al fijar las tarifas aplicables a DEORSA y DEOCSA⁵⁶¹, aplicaron factores de depreciación inferiores a 2, que no resultan compatibles con la fórmula establecida en los Términos de Referencia. Todo ello indica, en opinión del Tribunal Arbitral, que un factor de depreciación inferior a 2 no puede ser incompatible con el marco regulatorio⁵⁶².
703. Por último, Guatemala señala que, el estudio de Bates White del 28 de julio “*no incorporó la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y que sus resultados se encontraban aún muy sobrevaluados*”⁵⁶³.
704. En primer lugar, como se señaló más arriba⁵⁶⁴, la decisión del regulador de rechazar el estudio de Bates White y aplicar el estudio de Sigla no estaba fundamentada en

⁵⁵⁸ Ver §§ 606-607, más arriba.

⁵⁵⁹ Informe de la Comisión Pericial (Anexo C-246), pp. 102 y ss.

⁵⁶⁰ Informe RER-2, §§ 193 y ss.

⁵⁶¹ *Ibid.*, § 192.

⁵⁶² El Sr. Damonte, en su informe de dúplica (Informe RER-5, § 382), también sugiere que la depreciación aplicada por la Comisión Pericial implicaría un “*error conceptual*”, dado que resultaría en tasas internas de retorno del 12,3% y del 12,5% para los próximos 30 y 25 años, es decir, muy por encima de las establecidas en el marco regulatorio. Sin embargo, el artículo 79 de la LGE establece una tasa interna de retorno de hasta el 13%. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 79 de la LGE, la consecuencia de una tasa mayor solo sería su reducción al mínimo permitido.

⁵⁶³ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 192.

⁵⁶⁴ Ver §§ 672-673, más arriba.

una supuesta omisión de Bates White de incorporar los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

705. Además, los argumentos de Guatemala relativos a la supuesta omisión no resultan convincentes. Guatemala afirma que la diferencia sustancial entre el VNR calculado por el Sr. Damonte y el VNR propuesto por Bates White en su informe del 28 de julio da cuenta de que el segundo estaba sobrevaluado. No obstante, dicha diferencia puede explicarse, al menos en parte, por el hecho de que en el estudio del 28 de julio se aplicó la tasa de depreciación de activos propuesta por la Comisión Pericial (es decir, un 8,3%), mientras que el Sr. Damonte aplicó una tasa mayor del 29,6%⁵⁶⁵. Guatemala también afirma que el estudio del 28 de julio no había incorporado todos los precios de referencia internacionales requeridos por la Comisión Pericial, y que ciertos precios eran excesivos.⁵⁶⁶ Sin embargo, como fue señalado por el Demandante⁵⁶⁷, el estudio contenía explicaciones al respecto, las cuales no han sido refutadas como injustificadas o irrazonables por la Demandada. El Demandante también estableció que el estudio del 28 de julio incorporó apropiadamente la conclusión de la Comisión Pericial respecto de ciertos honorarios legales.⁵⁶⁸
706. Por último, Guatemala sostiene que “*mayor información era necesaria*” para evaluar correctamente el estudio del 28 de julio, que aún no era un “*modelo auditable*”⁵⁶⁹. Una vez más, dichas quejas no fueron opuestas por el regulador en aquél momento. Además, como se indica más arriba⁵⁷⁰, el regulador no pudo de buena fe esperar que el consultor presentara un modelo perfecto en los pocos días que restaban antes de la fecha de inicio del nuevo período tarifario. Asimismo, según parece, el estudio de Sigla tenía fallos similares⁵⁷¹, que no impidieron al regulador aplicarlo.
707. En suma, el Tribunal Arbitral concluye que la CNEE decidió desconocer el estudio del VAD del consultor y aplicar su propio estudio unilateral del VAD aunque no se hayan dado ninguna de las dos circunstancias que permitían tomar dicha decisión en virtud del artículo 98 del RLGE.

⁵⁶⁵ Informe RER-2, Cuadro 11, “Comparación entre los valores del FRC y los factores f propuestos por cada estudio” (Presentación de Damonte para las Audiencias, p. 17).

⁵⁶⁶ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, §§ 206 y 113.

⁵⁶⁷ Escrito de Réplica posterior a la Audiencia del Demandante, §§ 105, 106 y 115.

⁵⁶⁸ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 202; Réplica posterior a la Audiencia del Demandante, § 107.

⁵⁶⁹ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 194.

⁵⁷⁰ Ver §§ 686-687, más arriba.

⁵⁷¹ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 157.

708. La decisión del regulador se funda en que el consultor no había incorporado la totalidad de las observaciones efectuadas en abril de 2008. Dicho fundamento es a todas luces incongruente con el marco regulatorio y constituye un desconocimiento infundado de los pronunciamientos de la Comisión Pericial.
709. Dado que el regulador no consideraba que la Comisión Pericial fuera un organismo asesor neutral, sino un custodio de sus propios intereses, ni siquiera tuvo en cuenta sus pronunciamientos a la hora de fijar las tarifas.
710. Por lo tanto, el regulador incumplió los dos principios fundamentales en los que se basa el proceso de revisión tarifaria previsto por el marco regulatorio: en primer lugar, que, salvo en las circunstancias excepcionales estipuladas en el artículo 98 del RLGE, la tarifa se basaría en un estudio del VAD elaborado por el consultor del distribuidor; en segundo lugar, que los desacuerdos entre el regulador y el distribuidor sobre dicho estudio del VAD serían resueltos teniendo en cuenta los pronunciamientos de una comisión pericial neutral.
711. El Tribunal Arbitral concluye que el incumplimiento de los dos principios fundamentales del marco regulatorio aplicables al proceso de revisión tarifaria es arbitrario y viola los principios básicos del debido proceso en cuestiones administrativas. Dicho comportamiento, por ende, constituye una violación de la obligación de Guatemala de conferir un trato justo y equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD. Como se verá en las siguientes secciones de este laudo, el Tribunal Arbitral considera que esta violación ha causado daños al Demandante, respecto de los cuales el Demandante tiene derecho a ser compensado.

e) La supuesta represalia de Guatemala contra EEGSA

712. En su memorial de demanda, el Demandante señaló que, después de fijar unilateralmente las tarifas eléctricas, la Demandada tomó represalias contra EEGSA con el fin de que se revisaran las decisiones de la CNEE mediante i) órdenes de arresto contra gerentes de EEGSA por acusaciones que carecían de fundamentos y ii) el acoso al gerente de Planificación, Control y Regulación de EEGSA, el Sr. Calleja, quien se vio obligado a abandonar el país⁵⁷².
713. El Tribunal Arbitral, en primer término, señala que no ha sido probado en el procedimiento que las órdenes de arresto de agosto de 2008 emitidas contra los gerentes Maté y Gómez fueran actos de represalia. Por el contrario, se entiende que

⁵⁷² Demanda, §§ 205 y ss.

las mismas se referían a una disputa distinta entre EEGSA y una empresa privada que había interpuesto una denuncia penal. Por otro lado, las órdenes de arresto fueron más tarde suspendidas por la Corte de Apelaciones de Guatemala⁵⁷³.

714. En cuanto al supuesto acoso contra el Sr. Calleja, el Demandante sostiene que, luego de que el Sr. Calleja hiciera declaraciones en la radio sobre las acciones que se reprocha a la CNEE, forzaron su auto y robaron su computadora portátil. El Demandante agrega que *“el robo parecía ser obra de profesionales y que le habían pedido a alguien que lo siguiera”*⁵⁷⁴.

715. Sin embargo, nada indica que dichos actos sean atribuibles a la Demandada. En consecuencia, se desestiman los argumentos del Demandante en este sentido.

IX. DAÑOS

716. El Demandante sostiene que tiene derecho a dos tipos de daños. En primer lugar, reclama su parte del flujo de caja que dejó de percibir EEGSA entre agosto de 2008 y octubre de 2010 (fecha en que EPM adquirió EEGSA) como resultado de la aplicación de una tarifa basada en el estudio de Sigla (pérdidas históricas). En segundo lugar, reclama una compensación por el valor depreciado al cual vendió sus acciones en octubre de 2010 (pérdida de valor).

717. El Demandante reclama US\$21.100.552 por el primer tipo de daño y US\$222.484.783 por el segundo tipo de daño⁵⁷⁵.

718. El Demandante basa sus cálculos en la declaración del perito Brent C. Kaczmarek, de la consultora Navigant Consulting⁵⁷⁶. La Demandada, por su lado, se basa en la declaración del perito Mario C. Damonte⁵⁷⁷, así como en las declaraciones de Manuel A. Abdala y Marcelo A. Schoeters⁵⁷⁸.

719. En primer lugar, las Partes están de acuerdo con la metodología aplicada a los dos tipos de daños, es decir, la diferencia entre el escenario real (flujos de caja reales durante el período histórico y el valor de la venta de EEGSA a EPM) y el escenario

⁵⁷³ Contestación, §§ 457-458; Anexo C-296; Declaraciones CWS-6, §§ 66-72 y CWS-3, § 55.

⁵⁷⁴ Demanda, § 206; Declaración CWS-3, § 55.

⁵⁷⁵ Réplica posterior a la Audiencia del Demandante, § 154.3; Informe CER-5, §§ 135-141, Cuadro 14. El perito del Demandante, Sr. Kaczmarek, revisó los cálculos de los daños de acuerdo con ciertas observaciones del perito de la Demandada (ajustando el VNR de 2006 a 2008 y utilizando el índice de precios al productor en lugar del índice de precios al consumidor). La revisión incrementó los resultados de valoración del Sr. Kaczmarek.

⁵⁷⁶ Informes CER-2 y CER-5.

⁵⁷⁷ Informes RER-2 y RER-5.

⁵⁷⁸ Informes RER-1 y RER-4.

contrafáctico (flujos de caja que habría recibido durante el período histórico y el mayor valor al que EEGSA se hubiera vendido a EPM de no haberse producido un incumplimiento).

720. Los peritos también están de acuerdo en el modelo DFC para calcular el escenario contrafáctico, pero no están de acuerdo en ciertos elementos de cálculo.
721. El Tribunal Arbitral procederá, en primer lugar, a **1)** decidir sobre los puntos de desacuerdo entre las Partes en cuanto a los elementos de cálculo del modelo DFC. A partir de sus conclusiones, procederá luego a **2)** analizar las pérdidas históricas y **3)** a analizar las presuntas pérdidas de valor de la venta a EPM. Por último, analizará **4)** los intereses y **5)** los costos.

1. Base del cálculo y elementos de cálculo

722. Las Partes están principalmente en desacuerdo sobre tres importantes aspectos del escenario contrafáctico: **b)** el valor del VNR, **c)** el FRC adecuado y **d)** el nivel de gastos de capital.
723. Como cuestión inicial, el Tribunal Arbitral resolverá el desacuerdo de las Partes sobre si la valuación debería basarse en el estudio de Bates White del 5 de mayo de 2008 según fue corregido por el Sr. Damonte o en el del 28 de julio de 2008 **a)**.

a) Base del cálculo

724. El primer punto de desacuerdo entre las Partes es si el escenario contrafáctico debería calcularse, como sugiere el Demandante, a partir de la versión del estudio de Bates White del 28 de julio de 2008 o de la versión de dicho estudio del 5 de mayo de 2008, corregida por el Sr. Damonte de acuerdo con los pronunciamientos de la Comisión Pericial.
725. El Tribunal Arbitral considera que no deberían existir diferencias entre una y otra versión. En opinión del Tribunal, con el fin de ajustarse al marco regulatorio, la base del cálculo debería ser el estudio del 5 de mayo de 2008, corregido de acuerdo con los pronunciamientos de la Comisión Pericial, con sujeción, si fuera el caso, a todo desacuerdo entre dichos pronunciamientos y el marco regulatorio contra el cual el regulador pudo de buena fe haber presentado objeciones.
726. Sin embargo, no está en discusión que, al corregir el estudio de Bates White de mayo de 2008, el Sr. Damonte desconoció los pronunciamientos de la Comisión Pericial en

al menos una cuestión importante: el FRC⁵⁷⁹. El Tribunal Arbitral, en párrafos anteriores de este laudo⁵⁸⁰, explicó que no existen motivos para apartarse del pronunciamiento de la Comisión Pericial sobre esta cuestión. El pronunciamiento de esta última sobre el FRC es, de hecho, congruente con el marco regulatorio y el regulador no tendría razón válida alguna para objetarlo.

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

728. En consecuencia, el Tribunal Arbitral procederá a trabajar sobre la base de la versión del 28 de julio de 2008 del estudio y analizará si la crítica de la Demandada a dicho estudio y el escenario contrafáctico resultante son razonables respecto de cada uno de los principales puntos de desacuerdo. El Tribunal considera que este enfoque permitirá calcular los daños con un adecuado grado de certeza basado en lo que las tarifas deberían haber sido si la CNEE hubiera cumplido con el marco regulatorio.

b) El VNR

729. Básicamente, el Demandante calcula el escenario contrafáctico en función de una base de activos de la empresa (VNR) de US\$1.102 millones, como se señala en el estudio de Bates White del 28 de julio, en tanto que la Demandada toma como base la cifra menor de US\$629 millones propuesta por el Sr. Damonte.

730. Según los peritos Abdala y Schoeter⁵⁸¹, el VNR propuesto en el estudio del 28 de julio es artificialmente alto y no incorpora todas las correcciones propuestas por la Comisión Pericial. El Sr. Damonte aporta evidencias en el mismo sentido⁵⁸². El Sr. Kaczmarek, por el contrario, opina que el VNR vigente en 2008 (al final del período tarifario anterior) era de US\$744,2 millones y que una deducción de más de US\$ 80 millones en el VNR no tendría sentido⁵⁸³.

731. Tras realizar un análisis exhaustivo de las pruebas, el Tribunal Arbitral no encuentra elementos convincentes para afirmar que en el estudio de Bates White del 28 de julio no se incorporaron los pronunciamientos de la Comisión Pericial o que existe alguna

⁵⁷⁹ Transcripción, Día 6, p. 1605, § 8 - p. 1608, § 14.

⁵⁸⁰ Ver §§ 699-702, más arriba.

⁵⁸¹ Informes RER-1, §§ 47 y ss. y RER-4, §§ 20 y ss.

⁵⁸² Informe RER-5, §§ 192 y ss.

⁵⁸³ Informe CER-5, § 58 y cuadro 3. En su Informe, el Sr. Kaczmarek había calculado el VNR de Damonte en 661.1 millones.

razón para apartarse de dichos pronunciamientos. La Demandada no estableció, aparte de señalar que existe una importante diferencia entre la base de activos contables y la base de activos regulatoria, que Bates White no había incorporado adecuadamente los pronunciamientos de la Comisión Pericial en su estudio del 28 de julio. La Demandada no obstante acepta que el marco regulatorio no se apoya en la base de activos contables y que la base regulatoria puede ser diferente. Por otra parte, la Demandada tampoco estableció que el regulador hubiera tenido una razón válida para desconocer los pronunciamientos de la Comisión Pericial en relación con la base de activos.

732. En consecuencia, el Tribunal Arbitral aceptará el VNR propuesto por el Sr. Kaczmarek.

c) El FRC

733. La diferencia entre las Partes sobre el FRC reside en que el estudio de Bates White del 28 de julio se basa, como propone la Comisión Pericial, en un FRC que incorpora una tasa de amortización menor (es decir, 1,09), que arroja un VAD mayor, mientras que el Sr. Damonte corrigió el estudio de Bates White del 5 de mayo sobre la base de un factor de amortización mayor (es decir, 1,42), que arroja un VAD menor⁵⁸⁴.

734. La razón de esto es que, según la Demandada, “*el esquema propuesto por la CP sobre-remunera al inversor*”⁵⁸⁵ y no guarda coherencia con los Términos de Referencia de Bates White⁵⁸⁶.

735. Sin embargo, el Tribunal Arbitral ya resolvió⁵⁸⁷ que la decisión de la Comisión Pericial sobre el FRC es razonable y se ajusta al marco regulatorio. Asimismo, resolvió que el regulador no habría tenido una razón válida para apartarse de dicha decisión⁵⁸⁸.

736. En consecuencia, el Tribunal Arbitral acepta el FRC propuesto por el Sr. Kaczmarek.

d) Los gastos de capital

737. Las Partes no están de acuerdo sobre el nivel adecuado de gastos de capital de EEGSA. La Demandada sostiene que “*el modelo del Sr. Kaczmarek proyecta inversiones muy por debajo de las necesidades de la empresa (US\$46.2 millones por*

⁵⁸⁴ *Ibid.*, Cuadro 5.

⁵⁸⁵ Informe RER-4, § 29.

⁵⁸⁶ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 184.

⁵⁸⁷ Ver § 726, más arriba.

⁵⁸⁸ Ver §§ 699-702, más arriba.

año), pero más importante aún, inferiores a las incluidas en el modelo de Bates White (US\$76.5 millones por año)”⁵⁸⁹.

738. El Demandante señaló que los peritos de la Demandada Abdala y Schoeters reconocieron en la audiencia que, debido a que el Sr. Kaczmarek había corregido sus inversiones contrafácticas, “*ya no existen diferencias significativas entre las partes en relación al monto de las inversiones que EGGSEA [sic] realizará en dicho escenario*”⁵⁹⁰.

739. No obstante, el Sr. Abdala explicó en la audiencia⁵⁹¹ que su declaración se basaba en la adopción de un VNR menor, tal como propone el Sr. Damonte, mientras que la base de activos mayor propuesta por el Sr. Kaczmarek necesariamente implicaría un nivel mayor de gastos de capital.

740. El Tribunal Arbitral no encuentra elementos convincentes para afirmar que el incremento de la base de activos regulatoria supone un incremento proporcional de los gastos de capital. De hecho, no se discute que dicha base puede diferir de la base de activos real⁵⁹². Asimismo, como señala el Demandante⁵⁹³, el monto de gastos de capital propuesto por el Sr. Kaczmarek es dos veces mayor que los gastos de capital históricos de EEGSA, lo que el Tribunal Arbitral considera razonable.

741. Por los motivos expuestos, el Tribunal Arbitral acepta los gastos de capital propuestos por el Sr. Kaczmarek.

2. Las pérdidas históricas

742. El Tribunal Arbitral considera que los incumplimientos de la Demandada han causado daños al Demandante. Tales daños comprenden (i) la porción del Demandante de los mayores ingresos que EEGSA hubiese recibido si el CNEE hubiera respetado el debido proceso al efectuar la revisión tarifaria, (ii) a contar desde el momento en que los mayores ingresos hubiesen sido percibidos por primera vez hasta el momento en el que el Demandante vendió su participación en EEGSA. La suma de dichas pérdidas debe cuantificarse en el escenario contrafáctico discutido por las Partes, sobre la base de cuáles hubieran sido las tarifas si el CNEE hubiese cumplido el marco regulatorio. Tal como se dijo más arriba en el párrafo 728, dicho

⁵⁸⁹ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 337.

⁵⁹⁰ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 181; Informe RER-4, § 2.

⁵⁹¹ Transcripción, Día 6, p. 1574, §§ 7 y ss.

⁵⁹² Transcripción, Día 1, p. 22, §§ 7-11; p. 164, §§ 2-7.

⁵⁹³ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 183. Transcripción, Día 6, p. 1559, §§ 16-22; Informe CER-5, Gráfico 4.

cálculo se realiza adecuadamente en base al estudio de Bates White del 28 de julio de 2008. El Tribunal Arbitral ha aceptado la postura del Demandante sobre las tres cuestiones en disputa (VNR, FRC, gastos de capital). En consecuencia, el Tribunal Arbitral acepta el reclamo del Demandante referido a las pérdidas históricas que ascienden a US\$21.100.552.

3. La pérdida de valor de EEGSA

743. El 21 de octubre de 2010, DECA II (empresa matriz de EEGSA) fue vendida a EPM.
744. El Demandante sostiene que la decisión de vender EEGSA se adoptó por las pérdidas significativas que sufrió la empresa como consecuencia de la aplicación de una tarifa baja basada en el estudio de Sigla⁵⁹⁴, y que el precio de venta a EPM se vio sustancialmente disminuido como consecuencia de esta situación⁵⁹⁵ y reclama US\$222.484.783 en concepto de participación en las pérdidas de valor en la venta de EPM⁵⁹⁶.
745. El Demandante sostiene en sus escritos que decidió vender DECA II a consecuencia de las acciones arbitrarias de la CNEE, en la reunión de la Junta Directiva de EEGSA celebrada el 14 de octubre de 2010⁵⁹⁷.
746. La Demandada, por el contrario, sostiene que el acta de dicha Junta Directiva fue elaborada luego de que Teco haya enviado su notificación de intención el 9 de enero de 2009 y antes de que comience este arbitraje; es por eso tomaron en cuenta los argumentos de Teco haría en este proceso arbitral⁵⁹⁸. Por otro lado, la Demandada afirma que el hecho de que Teco no intentó vender su participación en el plazo de más de dos años posterior a las medidas de la CNEE, y que luego la vendió solo por sugerencia de su socio Iberdrola⁵⁹⁹, es prueba suficiente de que la venta no se realizó como resultado de las acciones de la CNEE, sino que respondió exclusivamente a políticas de la empresa que no tenían nada que ver con el proceso de revisión tarifaria que EEGSA emprendió en 2008⁶⁰⁰.
747. El acta de la reunión de la Junta Directiva de EEGSA del día 14 de octubre de 2010 reza lo siguiente: “*La venta propuesta nos brinda una oportunidad de salirnos de*

⁵⁹⁴ Demanda, §§ 220-227.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, § 227.

⁵⁹⁶ Informe CER-5, Cuadro 14.

⁵⁹⁷ Réplica, § 222; Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 202, Anexo C-353.

⁵⁹⁸ Dúplica, § 474.

⁵⁹⁹ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 357; Transcripción, Día 2, p. 319, §§ 4 y ss.

⁶⁰⁰ Réplica posterior a la Audiencia de la Demandada, § 174; Anexos R-132, R-130, y R-162.

una posición minoritaria en un negocio en el cual el riesgo, según lo percibimos, ha aumentado significativamente. Como tratado en sesiones de Junta Directiva previas, el regulador gubernamental guatemalteco, actuando fuera del proceso prescrito en la ley de electricidad de Guatemala, impuso una reducción significativa en la tarifa de distribución (VAD) a EEGSA en su revisión tarifaria en agosto de 2008, que es el motivo de la demanda de CAFTA puntualizada abajo. Consideramos que existe un riesgo de interferencia gubernamental continua en el negocio de EEGSA”⁶⁰¹.

748. El Tribunal Arbitral no tiene motivos para dudar de que, como se indica en el acta, la decisión de efectuar la venta fue adoptada principalmente como resultado del incumplimiento de la CNEE con el marco regulatorio. Es cierto que, como señala la Demandada, la tarifa había estado vigente por dos años en aquel entonces. No obstante, hasta el 2010, todavía había juicios pendientes en los tribunales guatemaltecos y se puede comprender que Teco haya esperado hasta ese momento para vender su participación. También es cierto que pudieron haberse tomado en cuenta otras consideraciones, como las propias decisiones comerciales de Iberdrola. Sin embargo, esto no altera el hecho de que el incumplimiento de la CNEE con el marco regulatorio haya sido un factor importante para que Teco decida efectuar la venta.
749. A pesar de ello, como se verá más adelante en este laudo, el Tribunal Arbitral no encuentra pruebas suficientes de la existencia y el alcance de las pérdidas que supuestamente sufrió como consecuencia de la venta.
750. No está en discusión que DECA II fue vendida a EPM en US\$605 millones. Las Partes mantienen un ligero desacuerdo sobre la parte de dicho monto que debe atribuirse a EEGSA. De acuerdo con el Sr. Kaczmarek, dicha participación asciende a US\$562,4 millones⁶⁰², en tanto que para los Sres. Abdala y Schoeters la participación de EEGSA en el precio de venta oscila entre US\$ 518 millones y US\$ 582 millones⁶⁰³.

⁶⁰¹ Anexo C-353.

⁶⁰² Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 168; Informe CER-5, § 135, Cuadro 13 (según el Sr. Kaczmarek, el valor actual de EEGSA se reduce a US\$ 474,8 millones, una vez que se descuenta la deuda neta).

⁶⁰³ Informe RER-4, § 32.

751. Las Partes sin embargo difieren sustancialmente respecto del valor contra-fáctico de EEGSA. El Demandante plantea un valor de US\$1.479,3 millones⁶⁰⁴, mientras que la Demandada propone un valor de US\$594,9 millones⁶⁰⁵.
752. El Tribunal Arbitral acepta que se tomaron en cuenta las tarifas vigentes al momento de fijar el precio de la operación.
753. En una entrevista a la prensa del 23 de octubre de 2010, el Sr. Federico Restrepo, director ejecutivo de EPM, hizo las siguientes declaraciones: “**P:** *Los accionistas argumentaban baja de ingresos y rentabilidad por el VAD. ¿Aún con ese tema decidieron comprar?* **R:** *Eso se refleja en el valor de la transacción, nosotros compramos sobre la base de que el modelo y esquema tarifario que hay hoy es el que está; y por supuesto, eso tiene una incidencia en la valoración final y no tenemos ninguna expectativa que vaya a ver [sic] modificaciones en otro sentido.* **P:** *Deben empezar a prepararse para el VAD del próximo quinquenio. ¿Creen que puede mejorarse respecto al actual?* **R:** *Nuestro proceso de valoración - de la empresa - incluía varios escenarios y entre ellos el que no se modificaba (el VAD - valor que cobran la distribuidoras por servicio – eso fue parte de lo que estudiamos [sic].* **P:** *Cuando menciona el proceso de valoración ¿quiere decir que la empresa hubiera costado más con otro VAD?* **R:** *Es posible, para los mismos costos mayores ingresos genera; más caja, por supuesto”*⁶⁰⁶.
754. Estas declaraciones muestran que las tarifas existentes fueron consideradas como un factor relevante al determinar el precio de la transacción. Sin embargo, no hay evidencia suficiente de que, si las tarifas para el período 2008-13 hubieran sido mayores, el precio de la operación habría reflejado las mayores ganancias de la empresa hasta 2013. El Sr. Restrepo solo menciona en la entrevista una “posibilidad” de que con un VAD mayor para el resto del período, el precio de la operación hubiera sido superior. Por otro lado, no hay pruebas en el expediente sobre cómo se determinó el precio de la operación. En consecuencia, el Tribunal Arbitral ignora qué otros factores pudieron haber sido importantes y no puede concluir con suficiente certeza que un incremento en los ingresos hasta 2013 se hubiera reflejado en el precio de compra y en qué medida.

⁶⁰⁴ Informe CER-5, § 140, Cuadro 13 (según el Sr. Kaczmarek, el valor promedio ponderado de EEGSA se reduce a US\$1.391 una vez que se descuenta la deuda neta); Presentación de Kaczmarek en la Audiencia, pp. 12 y 39).

⁶⁰⁵ Informe RER-4, § 76.

⁶⁰⁶ Anexo R-133.

755. El Tribunal Arbitral también concluye que no hay evidencia, como sostiene el Demandante, de que en la valoración de la empresa se reflejó la presunción de que las tarifas se mantendrían inalterables más allá de 2013 e indefinidamente.
756. En realidad, si bien el Sr. Restrepo afirma en la entrevista que el comprador supuso que era probable que las tarifas permanecieran inalteradas en futuros períodos tarifarios, también afirma que dicho escenario era solo uno de los escenarios considerados por el comprador.
757. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con la Demandada en que el reclamo es, en este sentido, especulativo⁶⁰⁷. La Demandada señala, con razón, que “*en realidad es imposible saber qué sucederá con las tarifas en el futuro*”⁶⁰⁸.
758. El marco regulatorio permite a EEGSA reclamar ajustes en las tarifas y el VAD se recalcula cada cinco años. Por ello, no existía impedimento alguno para que el distribuidor reclamara un incremento de las tarifas hacia fines del período tarifario 2008-13. En este sentido, no se aportó información al Tribunal Arbitral sobre el establecimiento de las tarifas para el período 2013-18. De igual modo, no hay indicios que señalen que el distribuidor se vería impedido de reclamar un cambio en las tarifas en 2018.
759. Por último, el marco regulatorio puede cambiar, lo que repercutiría en los futuros procesos de revisión tarifaria y en el futuro nivel del VAD.
760. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no puede aceptar que el precio de venta a EMP se basó en la presunción de que las tarifas se mantendrían inalterables indefinidamente luego de 2013.
761. En virtud de lo expuesto, el Tribunal Arbitral rechaza el reclamo por pérdida de valor.

4. Los intereses

762. El Demandante reclama la aplicación de intereses simples y compuestos a una tasa del 8,8% desde el 1 de agosto de 2008 (primer día del período tarifario 2008-13) hasta la cancelación total. La tasa de interés del 8,8% era el WACC de EEGSA en octubre de 2010⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Contestación, § 38.

⁶⁰⁸ Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, § 354.

⁶⁰⁹ Escrito posterior a la Audiencia del Demandante, § 202; Informe CER-2, § 195.

763. La Demandada no objeta el pedido de intereses anteriores al laudo ni el reclamo de aplicación de intereses compuestos.
764. En la presentación de la Demandada, sin embargo, se señala que los intereses anteriores al laudo “*deben actualizarse al WACC con anterioridad a la venta de [Teco] (dado que [Teco] asumía aún un riesgo operativo) y desde el 21 de octubre 2010 en adelante utilizando un factor de actualización basado en una tasa libre de riesgo, como por ejemplo, los bonos soberanos estadounidenses, de duración de 10 años. En promedio, dichos bonos produjeron un rendimiento de 3,3% durante el período agosto 2008 - octubre 2010 y de 2,8% durante octubre 2010 - diciembre 2011*”⁶¹⁰.
765. El Tribunal Arbitral considera que el interés solo debería devengarse a partir de la fecha de la venta de EEGSA a EPM, en octubre de 2010. De hecho, debido a que las pérdidas históricas de US\$21.100.552 corresponden a las ganancias que comenzó a generar EEGSA entre agosto de 2008 y octubre de 2010, y dado que dicho monto no ha sido descontado en agosto de 2008⁶¹¹, calcular el interés sobre el monto total de los daños históricos desde el primer día del período tarifario conllevaría un enriquecimiento injusto del Demandante. En consecuencia, el interés se calculará desde el 21 de octubre de 2010.
766. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con la Demandada en que la aplicación del WACC de EEGSA luego de octubre de 2010 no tendría sentido, dado que el Demandante ya había vendido su participación en EEGSA y había dejado de asumir los riesgos operativos de la empresa. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con la Demandada en que debería aplicarse una tasa libre de riesgo.
767. Debido a que las pérdidas del Demandante se corresponden con el costo de los préstamos tomados en los Estados Unidos, el Tribunal Arbitral está de acuerdo con el perito Kaczmarek⁶¹² en que debería aplicarse la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos más un interés del 2% adicional que refleje una tasa típica disponible en el mercado.
768. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que los daños que se reconocen al Demandante devengarán intereses antes y después del laudo a la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos más un 2% adicional desde el 21 de octubre de

⁶¹⁰ Escrito de Réplica posterior a la Audiencia de la Demandada, § 175; Informe RER-1, § 111.

⁶¹¹ Informe CER-2, Apéndice 3.A.

⁶¹² Informe CER-2, § 222; Anexo C-415.

2010 hasta la cancelación total. Dichos intereses serán compuestos sobre una base anual.

X. Los costos

769. El artículo 61 2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

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

770. La regla 28 de las Reglas de Arbitraje establece lo siguiente:

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

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

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

771. La regla 47 1) j) de las Reglas de Arbitraje también establecen que el laudo debe contener *“la decisión del Tribunal sobre las costas procesales”.*

772. De acuerdo con el cronograma convenido por las Partes, cada parte presentó sus escritos sobre costos el 24 de julio de 2013 y las respectivas réplicas sobre costos el 7 de agosto de 2013. La Demandada presentó una reclamación actualizada el 18 de noviembre de 2013, tomando en cuenta el pago de un tercer avance de costos y honorarios.

773. El Demandante declara los siguientes gastos y costos:

- Gastos y costos legales: US\$6.327.903,29.
- Gastos y costos de peritos y consultores: US\$2.932.603,33.
- Gastos del arbitraje de TECO: US\$17.087,24.
- Costos del CIADI: US\$750.000.

Total de costos registrados: US\$10.027.593,86.

774. La Demandada declara los siguientes gastos y costos:

- Gastos legales y costos de peritos: US\$4.370.638,10.
- Costos de testigos y representantes del Gobierno: US\$154.409,33.
- Costos del CIADI: US\$725.000,00 (incluye el pago de US\$250.000,00 efectuado por la Demandada a pedido de la Secretaría en virtud de la carta del 7 de agosto de 2013 y ratificado por la Demandada en su carta del 18 de noviembre de 2013).

Total de costos registrados: US\$5.250.047,43.

775. El Tribunal Arbitral concluye que dichos costos están justificados y son adecuados en vista de la complejidad del presente caso.

776. Cada una de las Partes solicitó que se ordenase a la otra pagar la totalidad de los costos y gastos. Ambas Partes entienden que el Tribunal Arbitral debería aplicar el principio de que la parte vencida paga los costos⁶¹³. Asimismo, están de acuerdo en que, en la evaluación y la distribución de los costos, el Tribunal Arbitral puede ejercer facultades discrecionales⁶¹⁴.

777. El Tribunal Arbitral está de acuerdo con las Partes en que los costos deben distribuirse tomando como base el principio de que la parte vencida paga los costos.

778. Se ha hecho lugar a los argumentos del Demandante sobre la jurisdicción y se ha establecido la responsabilidad de la Demandada. No obstante, se han aceptado parcialmente los reclamos de esta última en relación con el monto compensatorio.

779. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral decide que la Demandada deberá solventar la totalidad de sus costos y rembolsar el 75% de los costos sufragados por el Demandante, es decir, la suma de US\$7.520.695,39.

⁶¹³ Escrito del Demandante sobre costos, § 4; Escrito de la Demandada sobre costos, § 4.

⁶¹⁴ Escrito del Demandante sobre costos, § 2; Escrito de la Demandada sobre costos, § 2.

DECISIÓN

780. El Tribunal Arbitral decide:

- A. Que tiene jurisdicción para tomar una resolución respecto de las reclamaciones de Tecu en virtud del CAFTA-RD;
- B. Que Guatemala violó la obligación de conferir a la inversión de Tecu un trato justo y equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD;
- C. Que Guatemala deberá pagar US\$21.100.552 a Tecu en concepto de daños;
- D. Que el monto mencionado en la sección C anterior devengará intereses a la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos más un 2% de interés adicional a partir del 21 de octubre de 2010 hasta la fecha del efectivo pago total;
- E. Que los intereses serán compuestos sobre una base anual;
- F. Que Guatemala deberá sufragar en su totalidad sus propios costos y pagar US\$7.520.695,39 a Tecu en concepto de gastos y costos legales;
- G. Que todas las demás reclamaciones y pretensiones quedan rechazadas.

Hecho en inglés y español, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[Firmado]

William W. Park

Árbitro

Fecha: [Fechado]

[Firmado]

Claus Von Wobeser

Árbitro

Fecha: [Fechado]

[Firmado]

Alexis Mourre

Presidente del Tribunal Arbitral

Fecha: [Fechado]