CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO

DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

CASO CIADI NO. ARB/10/23

TECO GUATEMALA HOLDINGS LLC

DEMANDANTE

C.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

DEMANDADA

MEMORIAL DE DÚPLICA

24 DE SEPTIEMBRE DE 2012

CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN 1

II. SUMARIO EJECUTIVO 1

III. LA RECLAMACIÓN DE TGH DEBE SER RECHAZADA POR FALTA DE JURISDICCIÓN COMO OCURRIÓ EN EL CASO *IBERDROLA* 14

A. EL TRIBUNAL DEBE EXAMINAR SI LA RECLAMACIÓN DE TGH PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA RECLAMACIÓN BAJO EL TRATADO SOBRE LA QUE TENGA JURISDICCIÓN *RATIONE MATERIAE* 14

B. TGH CONTINÚA PLANTEANDO UN MERO DESACUERDO REGULATORIO Y DE DERECHO GUATEMALTECO 17

C. TGH, A TRAVÉS DE EEGSA, YA HA LITIGADO ANTE LAS CORTES DE GUATEMALA LAS MISMAS CUESTIONES DE QUE SE QUEJA EN ESTE ARBITRAJE 23

D. POR TANTO, LA RECLAMACIÓN DE TGH NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA RECLAMACIÓN BAJO EL TRATADO SOBRE LA QUE ESTE TRIBUNAL TENGA JURISDICCIÓN, COMO LO CONFIRMA EL LAUDO *IBERDROLA* 27

E. EL RESTO DE LA JURISPRUDENCIA CONFIRMA QUE LA RECLAMACIÓN DE TGH NO ES UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA NI ADMISIBLE, Y QUE ESTE TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN 34

IV. GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO 44

A. TGH PRETENDE IGNORAR QUE EL ESTÁNDAR APLICABLE ES EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO 44

B. EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL NO PROTEGE CONTRA CONDUCTAS MERAMENTE REGULATORIAS SUPUESTAMENTE CONTRARIAS AL DERECHO INTERNO, QUE ES LO QUE TGH PLANTEA 51

1. El estándar mínimo internacional no protege contra conductas meramente regulatorias 51
2. Las quejas de TGH se refieren a meros desacuerdos relativos a la interpretación y aplicación del derecho guatemalteco en los que además TGH no tiene razón 60

C. LAS ALEGACIONES DE ARBITRARIEDAD DE LA CNEE SON MERAS ETIQUETAS SIN FUNDAMENTO ALGUNO 85

D. LA DOCTRINA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS NO SE APLICA EN EL CONTEXTO DEL ESTANDAR MÍNIMO, Y DE TODAS FORMAS TGH NO DEMUESTRA NINGUNA VIOLACIÓN DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS 87

1. TGH sigue alegando expectativas legítimas generadas antes de que naciera 87
2. En cualquier caso, el argumento de expectativas legítimas de TGH no tiene ningún soporte jurídico ni fáctico 91

V. TAMBIÉN SUBSIDIARIAMENTE, LA DISPUTA PLANTEADA POR TGH CARECE DE TODO MERITO FÁCTICO Y ECONÓMICO 106

A. AL PLANTEAR SU RECLAMO TGH APLICA SELECTIVAMENTE EL MARCO REGULATORIO ELÉCTRICO EN VEZ DE ANALIZARLO INTEGRALMENTE 106

1. El análisis de TGH ignora la atribución de facultades y obligaciones que el marco regulatorio eléctrico establece para la CNEE 107
2. El análisis de TGH ignora que régimen de empresa modelo tiene como objetivo principal establecer tarifas eficientes 130
B. LA DECISIÓN DEL GRUPO TECO DE INVERTIR EN EEGSA 132
1. TGH caracteriza erróneamente las garantías del marco regulatorio eléctrico al momento de la inversión del grupo Teco en Guatemala 132
2. Es falsa la aseveración de TGH de que el precio pagado por EEGSA reflejaba tarifas que remunerarían al inversor como si hubiera adquirido y mantuviera una red totalmente nueva 138
C. EL VAD PARA EL PERÍODO 1998-2003 PERMITIÓ A EEGSA UN DESEMPEÑO ECONÓMICO SATISFACTORIO 146
D. LA REVISIÓN TARIFARIA 2003-2008 EVIDENCIÓ LA NECESIDAD DE LA CNEE DE CONTAR CON SU PROPIO ESTUDIO TARIFARIO PARALELO 150
E. EL PROCESO DE REVISIÓN TARIFARIA PARA EL PERÍODO 2008-2013 155
1. EEGSA utilizó el amparo contra los Términos de Referencia Originales de abril de 2007 como una herramienta de presión para lograr concesiones de la CNEE, quejándose de las mismas previsiones que había aceptado en los Términos de Referencia de la revisión tarifaria de 2003 155
2. EEGSA aceptó sin ningún cuestionamiento los Términos de Referencia Finales de la revisión tarifaria 2008-2013 166
3. Fueron EEGSA y su consultora quienes se negaron a trabajar en forma constructiva con EEGSA durante la revisión tarifaria 185
4. EEGSA, a través de su Presidente, intentó negociar con la CNEE las nuevas tarifas, al margen del marco regulatorio y con prescindencia de su estudio tarifario, presentando una "oferta de descuento" no prevista en la ley 196
5. El estudio del 5 de mayo de 2008 reflejaba un aumento del VAD de 184 por ciento respecto de la "oferta" de 10% por ciento realizada por el Sr. Pérez unos días antes 203
6. El procedimiento ante la Comisión Pericial se ajustó a lo establecido en la LGE 213
7. Las reglas de funcionamiento no llegaron a ser acordadas por la CNEE y EEGSA 232
8. La disolución de la Comisión Pericial 247
9. El pronunciamiento de la Comisión Pericial confirmó que el estudio del 5 de mayo no era apto para la determinación de las tarifas 253
10. El estudio tarifario del 28 de julio no podría haber sido utilizado para la fijación del pliego tarifario 258
11. La fijación de tarifas por parte de la CNEE en base al estudio Sigla se ajustó a los términos de la LGE 265
12. Las tarifas 2008-2013 fijadas de acuerdo a la LGE atrajeron compradores para las acciones de TGH 270
13. Es falsa la alegación de TGH de que no existía una obligación de publicar el Pliego Tarifario antes de 1 de agosto de 2008 273
F. TGH INSISTE CON INTENTAR "POLITIZAR" LA PRESENTE DISPUTA A FIN DE ELEVARLA AL PLANO INTERNACIONAL 277

VI. TGH NO HA SUFRIDO NINGÚN DAÑO 281

A. EL CÁLCULO CONTRA-FÁCTICO DE KACZMAREK ES AUTORREFERENCIAL Y CARECE DE UN VERDADERO SOPORTE TÉCNICO-FINANCIERO 282
B. EL CÁLCULO DE KACZMAREK SE BASA EN UN VNR SOBREVALUADO Y UN FRC EQUIVOCADO 284
C. SI SE CORRIGEN LOS ERRORES DE KACZMAREK LOS PRESUNTOS DAÑOS DESAPARECEN .. 286
D. LA VALUACIÓN POR COMPARABLES DE KACZMAREK ES PROFUNDAMENTE INCORRECTA 288

E. LA TIR DE KACZMAREK TAMBIÉN ES INCORRECTA. CALCULADA EN MODO CORRECTO, LA TIR DE EEGSA ES CONSISTENTE CON EL MARCO REGULATORIO 290
F. INTERESES PRE Y POST LAUDO 291
VII. PETITORIO 292

I. INTRODUCCIÓN

1. Este Memorial de Dúplica de la República de Guatemala (***Guatemala***) se presenta de acuerdo con el punto 13 de las Minutas de la Primera Sesión del Tribunal, y el acuerdo de las Partes confirmado por el Tribunal mediante correo electrónico de la Secretaria del Tribunal de 31 de octubre de 2011. Este Memorial de Dúplica responde al Memorial de Réplica de TECO Guatemala Holdings, LLC (***TGH*** o la ***Demandante***) de 24 de mayo de 2012[1].

2. Guatemala acompaña junto con este Memorial de Dúplica las declaraciones testimoniales de Dúplica de los Ings. Carlos Colom y Enrique Moller. Asimismo, se acompañan los reportes de Dúplica del Ing. Mario Damonte; de los Lics. Manuel Abdala y Marcelo Schoeters; y, del Dr. Juan Luis Aguilar. Finalmente, se adjuntan cinco apéndices, 45 anexos documentales numerados R-163 a R-208 y 14 anexos de doctrina y jurisprudencia numerados RL-18 a RL-32.

3. Este Memorial de Dúplica ha sido redactado en castellano y traducido al inglés. Por lo tanto, en caso de contradicción o duda, Guatemala solicita que TGH y el Tribunal hagan referencia a la versión en castellano.

II. SUMARIO EJECUTIVO

4. La presente disputa se origina en el procedimiento de revisión de las tarifas de distribución de electricidad para el período 2008-2013 para la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (***EEGSA***) llevado a cabo por el ente regulador del sector eléctrico de Guatemala (la Comisión Nacional de Energía Eléctrica o ***CNEE***). Al momento de la revisión tarifaria en cuestión, EEGSA era propiedad en un 80,8 por ciento de

[1] Tal como lo hiciera en el Memorial de Contestación, Guatemala utiliza la sigla "TGH" para referirse a la Demandante, y no "TECO", para evitar confusiones con otras compañías del grupo Teco que se encuentran, o se han encontrado en el pasado, en la estructura corporativa de esta inversión. Como se explicó en el Memorial de Contestación (*ver* párrs. 545-549), resulta curioso que TGH haya preferido utilizar la referencia "TECO" en su Memorial de Demanda cuando en su Notificación de Arbitraje optó por "TGH". Este cambio genera una confusión de identidades entre las compañías del grupo, y de transferencia de presuntas expectativas legítimas generadas supuestamente en 1998 cuando se privatizó EEGSA, de las que TGH pretende beneficiarse aunque TGH fuera creada solo en el 2005. Guatemala utiliza la acepción "Teco" para referirse a otras compañías del grupo distintas de TGH.

Distribución Eléctrica Centroamericana Dos, S.A. (***DECA II***)[2], sociedad integrada por Iberdrola Energía S.A (***Iberdrola***), en un 49 por ciento, TGH en un 30 por ciento y EDP Electricidad de Portugal, S.A. en un 21 por ciento.

5. Disconforme con la aplicación que hizo la CNEE del marco regulatorio durante la revisión tarifaria, EEGSA (a través de la decisión de sus accionistas controlantes incluyendo Iberdrola y TGH) solicitaron a las cortes de Guatemala en agosto de 2008 una revisión de las decisiones de la CNEE. Los procesos incluyeron extensos debates orales y escritos, e incluso decisiones favorables a EEGSA en las instancias judiciales inferiores[3]. En la instancia final, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ("el más alto tribunal guatemalteco a cargo de las cuestiones constitucionales", según la describe TGH[4]) dispuso el rechazo del reclamo de EEGSA y confirmó que la interpretación del marco regulatorio que efectuó la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA fue la correcta[5].

6. En paralelo con (y no obstante) los procesos judiciales domésticos, en marzo de 2009, Iberdrola inició un arbitraje CIADI contra Guatemala bajo el Tratado España-Guatemala. Tal como lo había hecho en los reclamos domésticos, el reclamo de Iberdrola en dicho caso fue que la CNEE no había aplicado correctamente el marco regulatorio eléctrico guatemalteco al fijar las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013[6]. Iberdrola alegó entonces que la supuesta defectuosa aplicación del marco regulatorio por parte del regulador había frustrado sus expectativas como accionista de EEGSA[7]. Iberdrola presentó en dicho proceso un reclamo por expropiación y tratamiento injusto e inequitativo, incluyendo un reclamo por denegación de justicia en

---

2 El restante 19,2 por ciento de las acciones de EEGSA están en manos del Estado de Guatemala en un 14 por ciento, y de accionistas privados en un 5,12 por ciento.

3 Ver Sección III.D abajo.

4 Memorial de Réplica, párr. 23.

5 Ver Sección III.D abajo.

6 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, Sección II.

7 *Ibid*, Sección IV(4)4.3.

relación con las decisiones de la Corte de Constitucionalidad citadas arriba[8]. El reclamo de Iberdrola fue por US$ 336 millones.

7. El 20 de octubre de 2010, TGH inició su arbitraje contra Guatemala bajo el Tratado DR-CAFTA (el ***Tratado***) acusando a Guatemala de violación del estándar de nivel mínimo de trato bajo el artículo 10.5 del Tratado. Al día siguiente, el 21 octubre de 2010, los accionistas de DECA II (incluida TGH) vendieron su participación en EEGSA y sus compañías relacionadas en Guatemala. Por su tenencia de 80,2 por ciento, los socios de DECA II recibieron US$ 605 millones.

8. Ante la inminencia de la venta millonaria de su participación en EEGSA tanto Iberdrola como TGH cambiaron su mensaje. Iberdrola redujo su reclamo en el arbitraje en trámite en aquel entonces a US$ 183 millones (aunque insólitamente mantuvo su reclamo de expropiación). TGH, por su parte, retiró su reclamo de "expropiación" bajo el artículo 10.7 del Tratado que había comunicado a Guatemala enero de 2009 en su "notificación de intención de someter la controversia a arbitraje". TGH mantuvo un reclamo bajo el artículo 10.5 del Tratado por un total de US$ 243,6 millones. Lo desproporcionado de este reclamo queda en evidencia si se advierte que aun teniendo una participación sustancialmente menor en EEGSA (un 30 contra un 49 por ciento) TGH presentó un reclamo de daños casi un 35% mas alto que su socio Iberdrola.

9. Tal como surge de esta cronología, a diferencia de Iberdrola, TGH no inició su arbitraje internacional sino hasta el día antes de vender su participación en EEGSA, o sea más de dos años desde los supuestos actos ilegales ocurridos y casi 22 meses desde su "notificación de intención". Es decir, TGH siguió de cerca el desarrollo del *caso Iberdrola*, vendió su participación "expropiada" en EEGSA en una cifra millonaria y se reservó este arbitraje para obtener un *double recovery*. El carácter oportunista y especulativo de su demanda es evidente.

10. Además, gracias a su acuerdo de cooperación con Iberdrola que le permitió acceder a los documentos que Guatemala había producido en el arbitraje *Iberdrola*, TGH conoció la

8 *Ibid*.

defensa de Guatemala y ajustó sus argumentos en consecuencia. Así, en su Memorial de Demanda TGH intentó montar escenarios para disimular las irregularidades cometidas por EEGSA durante la revisión tarifaria que habían salido a la luz en el caso *Iberdrola* (por ejemplo, la "propuesta de descuento" del Sr. Pérez que se discute más abajo)[9], e insistió con falaces argumentos que buscaban dar color político a las medidas tomadas por el ente regulador, sugiriendo una arbitrariedad que no ocurrió y que jamás se ocupó por probar.

11. Sin embargo, hay una cosa que TGH no ha podido cambiar *a posteriori*: los hechos detrás del su reclamo. Los hechos, ya se ha visto, son idénticos a los hechos del caso *Iberdrola*. El reclamo de TGH no se refiere a ningún hecho nuevo o distinto. Y la reclamación que TGH presenta, a pesar del poco convincente disfraz de reclamación bajo el Tratado, no se distingue del reclamo de Iberdrola salvo en el hecho de que el estándar que puede invocar bajo el Tratado DR CAFTA (el trato mínimo internacional) es mucho mas limitado que el estándar autónomo de tratamiento justo y equitativo aplicable al caso *Iberdrola* bajo el Tratado España-Guatemala.

12. Consciente de que sus reclamos se refieren a cuestiones a ser resueltas exclusivamente por los tribunales guatemaltecos, TGH se ha esforzado en re-etiquetar ahora los hechos utilizando un vocabulario que pueda sonar a violación del derecho internacional. Pero ya explicó el Tribunal en el caso *Azinian c. México* que "*labelling is no substitute for analysis*"[10]. Y es que a pesar del disfraz que TGH intenta presentar, su caso no deja de ser una reclamación regulatoria de derecho guatemalteco.

13. El Memorial de Réplica de TGH no aporta ningún elemento nuevo a su reclamo original. En realidad, si algo hace la Réplica es confirmar que la controversia que TGH describió en su Memorial de Demanda es un mero desacuerdo sobre la interpretación del sistema regulatorio de Guatemala. Para ello, TGH ha debido recurrir a sus peritos en derecho guatemalteco (Dr. Alegría) y regulatorio/técnico-financiero (Dr. Barrera) en

9 Ver Sección V.E.4 abajo.

10 *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2), Laudo, 1° de noviembre de 1999, **Anexo RL-2** (versión en inglés), párr. 90.

nada menos que 77 párrafos de su Réplica[11]. En su esencia, el argumento de TGH sigue siendo que:

(a) EEGSA y TGH interpretaron el marco regulatorio guatemalteco de cierta manera;

(b) la CNEE interpretó el marco regulatorio guatemalteco de otra manera;

(c) EEGSA, bajo instrucciones de TGH y sus demás socios, sometió la disputa sobre la interpretación del marco regulatorio guatemalteco a los tribunales guatemaltecos;

(d) Los tribunales guatemaltecos confirmaron la interpretación de la CNEE del marco regulatorio;

(e) Ante el rechazo de su demanda en los tribunales locales, TGH buscó un nuevo juzgador para su reclamo sobre la interpretación del marco regulatorio, y lo presentó a un tribunal internacional pidiendo US$ 243,6 millones de compensación.

14. Una controversia regulatoria de derecho local, sin más, no puede constituir una disputa internacional bajo un tratado de inversión. Ello menos aun cuando, como en el presente caso, la controversia ya ha sido planteada en todas las instancias judiciales, incluyendo la máxima autoridad judicial, la Corte de Constitucionalidad. Si no fuera así, el CIADI estaría inundado de casos de inversores extranjeros en industrias reguladas descontentos de no haber logrado imponer sus opiniones a los entes reguladores locales. Afortunadamente, ello no ha sucedido. La jurisprudencia internacional ha consistentemente rechazado este tipo de acciones[12]. Interpretar una regulación legítimamente, conforme es la función propia de los organismos e instituciones del Estado, aun cuando el resultado de tal interpretación sea adverso al inversionista, bajo ningún punto de vista puede considerarse como un tratamiento injusto e inequitativo del Estado receptor hacia la inversión (y aun menos una violación del estándar más estricto aplicable al presente caso: el de trato mínimo internacional).

15. Es un principio básico del derecho internacional que un desacuerdo sobre la interpretación y aplicación del derecho nacional no se convierte automáticamente en una

11 *See, eg.,* Memorial de Réplica, párrs. 55-57, 112-113, 116, 130-132, 161-163, 177-180, 191-205 y 313.

12 Ver Sección IV.B abajo.

controversia internacional. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en la sentencia en el asunto *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo*:

> The Court recalls that it is for each State, in the first instance, to interpret its own domestic law. The Court does not, in principle, have the power to substitute its own interpretation for that of the national authorities, especially when that interpretation is given by the highest national courts[13].

16. Este razonamiento se aplica igualmente a controversias relativas a tratados de inversión. Similares razonamientos han sido expresados por los tribunales en *Encana c. Ecuador* y *SD Myers c. Canadá* ("[The] tribunal does not have an open–ended mandate to second–guess government decision–making"), *Saluka c. La República Checa* ("The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State"[14]) y *Glamis Gold c. Estados Unidos*: ("It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency[15]).

17. El Memorial de Réplica confirma que TGH está pidiendo a este Tribunal que (i) actúe como una suerte de agencia regulatoria y repita paso a paso el proceso de revisión tarifaria de 2008 a 2013 y (ii) que actúe como una instancia extraordinaria de apelación de su reclamo legal. En esencia, TGH le está preguntando a este Tribunal si está de acuerdo con su interpretación del régimen regulatorio guatemalteco. Pero éste no es el

---

13 *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)* Sentencia, 10 de noviembre de 2010, **Anexo RL-15**, párr. 70. La Corte continua: "Exceptionally, where a State puts forward a manifestly incorrect interpretation of its domestic law, particularly for the purpose of gaining an advantage in a pending case, it is for the Court to adopt what it finds to be the proper interpretation".

14 *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párr. 442.

15 *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 762, 779.

rol de un tribunal internacional, tal como explicaron los tribunales en *Azinian c. México* y *Generation Ukraine c. Ucrania*[16]. En particular, el Tribunal en *Azinian* ha dicho:

> La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable […] no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación[17].

18. El análisis arriba indicado fue confirmado en su totalidad por el laudo final de 17 de agosto de 2012 emitido por el tribunal en el caso *Iberdrola*. El tribunal en dicho caso decidió que no tenía jurisdicción para entender en el reclamo de Iberdrola por considerar que dicho reclamo era de derecho guatemalteco y no de derecho internacional. Dijo el tribunal en *Iberdrola*:

> […] más allá de etiquetar las conductas de la CNEE como violatorias del Tratado, no planteó la Demandante una controversia bajo el Tratado y el derecho internacional, sino un debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado demandado.
>
> […]
>
> En las alegaciones de la Demandante, el Tribunal no encuentra más que una discusión de derecho local, que no tiene competencia para retomar y volver a resolver como si fuera una corte de apelación [o] […] como ente regulador, como entidad administrativa[18].

19. La decisión del caso *Iberdrola* se examina más abajo[19], y es por supuesto de enorme significación para este Tribunal, ya que ha sido dictada por un tribunal integrado por tres juristas de reconocido prestigio y experiencia (Yves Derains, Eduardo Zuleta y Rodrigo Oreamuno) y porque los hechos de ambos casos no son ya similares, sino que son

---

16 *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No ARB/00/9) Laudo, 16 de septiembre de 2003, **Anexo RL-6**, párrs. 20.33.

17 *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párr. 99.

18 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párrs. 349, 354.

19 Ver Sección III abajo.

idénticos. Se trata también de la misma reclamación de derecho guatemalteco e idénticas quejas técnico-financieras. La decisión de *Iberdrola*, sin embargo, no es particularmente innovadora sino que simplemente continua con la línea jurisprudencial en derecho internacional sobre protección de inversiones aceptada desde *Azinian* en adelante, algo que ha sido reconocido en el laudo. En las circunstancias de este caso, la única reclamación posible para TGH es la de denegación de justicia, tal como lo aceptó el tribunal en *Iberdrola*. Pero TGH no presenta este reclamo.

20. TGH cita la protección sustantiva del artículo 10.5 del Tratado, aunque continúa ignorando deliberadamente que dicho artículo garantiza el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y no el más exigente para el Estado de trato justo y equitativo desligado del derecho consuetudinario. TGH intenta equiparar los dos estándares como si no hubiera diferencia alguna, y continúa citando laudos que aplican el estándar autónomo y no el estándar mínimo internacional, sin indicarlo[20]. Ello no es casual, pues TGH sabe bien que el estándar mínimo no es infringido por supuestas irregularidades regulatorias (que en cualquier caso, no ocurrieron en este caso) que esencialmente plantean una disputa sobre la interpretación y aplicación de un marco regulatorio de derecho nacional[21]. La jurisprudencia y la *opinio juris* de los Estados parte al Tratado han confirmado que consideran el estándar mínimo como distinto y menos exigente que el de trato justo y equitativo, y al que no resulta aplicable la doctrina de las llamadas "expectativas legítimas"[22]. Han explicado asimismo que el estándar mínimo es infringido únicamente en caso de arbitrariedad manifiesta, medidas claramente injustas y denegación de justicia[23]. La posición de TGH apoyándose en la

---

20 Memorial de Réplica, párrs 238-244, 254-260.

21 Ver Sección IV.B abajo.

22 *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23) Presentación de El Salvador bajo el Artículo 10.20.2 del CAFTA-RD, enero de 2012, **Anexo RL-28**; *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23) Presentación de Honduras bajo el Artículo 10.20.2 del CAFTA-RD, enero de 2012, **Anexo RL-27**; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de America*, Contestación de los Estados Unidos, 19 de septiembre de 2006, **Anexo RL-20,** págs 227-235; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, Dúplica de los Estados Unidos, 15 de marzo de 2007, **Anexo RL-21,** págs 178-185.

23 *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23) Presentación de El Salvador bajo el Artículo 10.20.2 del CAFTA-RD, enero de 2012, **Anexo RL-28**; *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23)

doctrina de las expectativas legítimas es inaplicable en el contexto del estándar mínimo internacional. Y aun así, TGH es incapaz de presentar ninguna violación de expectativas legítimas[24].

21. En su desesperado intento por "vestir" esta disputa como un reclamo internacional. TGH retoma su argumento contra la reforma del artículo 98 del Reglamento ocurrida en 2007 y la etiqueta como "inconstitucional"[25]. Sin embargo, ello se contradice con su argumento de que en realidad el presunto problema fue que la CNEE interpretó y aplicó incorrectamente dicha disposición[26]. Pero además, ni EEGSA ni ninguna otra distribuidora recurrieron contra tal reforma por inconstitucional (lo cual es lógico puesto que la reforma se basa en los principios de la LGE), y la propia TGH solo presentó este reclamo en el arbitraje en octubre de 2010, lo cuál en la práctica lo dejaría fuera del alcance de este Tribunal por haber prescrito de acuerdo con el Tratado[27]. TGH insiste con pretender equiparar esta modificación reglamentaria (totalmente legítima, por lo demás) a lo sucedido en los casos relativos a la legislación de emergencia argentina, donde se abolieron totalmente los regímenes tarifarios de los servicios públicos y se obligó a la renegociación de las concesiones y licencias[28]. Ello delata las abismales diferencias entre este caso y los llamados *casos argentinos*, decididos además bajo el estándar de tratamiento justo y equitativo no aplicable a este caso.

Presentación de Honduras bajo el Artículo 10.20.2 del CAFTA-RD, enero de 2012, **Anexo RL-27**; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de America*, Contestación de los Estados Unidos, 19 de septiembre de 2006, **Anexo RL-20,** págs 227-235; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, Dúplica de los Estados Unidos, 15 de marzo de 2007, **Anexo RL-21,** págs 178-185.

24 Ver Sección IV abajo.

25 Memorial de Réplica, párrs. 91-100.

26 Ver Sección IV.C.

27 La reforma del artículo 98 tuvo lugar el 5 marzo 2007, pero TGH no reclamó bajo el Tratado contra la misma hasta el 20 de octubre de 2010 cuando presentó la Notificación de Arbitraje. Su "notificación de intención" de enero de 2009 no refirió a esta reforma. Bajo el artículo 10.18.1 del Tratado, "[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 […]". Es decir, el reclamo de TGH contra la reforma del artículo 98 se encontraba prescripto al momento en que TGH lo presentó.

28 Ver Sección IV.A.

22. Guatemala debe excusarse por anticipado por la extensión de este escrito, dado que, en un exceso de prudencia, ha hecho un gran esfuerzo para refutar todas y cada una de las falaces cuestiones técnicas y factuales sobre las cuales TGH se basa en su caso. Lo hace para demostrar que la CNEE se negó a ser intimidada a aceptar un estudio tarifario que no estaba en condiciones de verificar según sus obligaciones regulatorias. Sin embargo, para usar las palabras empleadas en *Glamis*, no le corresponde a este Tribunal internacional ahondar en los detalles y razones de derecho nacional, y tampoco le corresponde sustituir el juicio de la agencia nacional cualificada (la CNEE) sobre un extenso expediente técnico, por el suyo propio, más aún cuando la validez de la decisión de dicha agencia ha sido confirmada por el tribunal más importante del país, la Corte de Constitucionalidad.

23. Hay en este caso algunos hechos que son tristemente reveladores de la forma en que EEGSA y TGH intentaron imponer su voluntad a Guatemala. Dejan en evidencia también el doble mensaje de TGH entre sus alegaciones en este arbitraje internacional y la conducta desplegada por EEGSA en Guatemala.

24. Así, mientras TGH busca abogar en este arbitraje por una férrea defensa del cumplimiento del marco regulatorio, en la práctica, TGH y EEGSA han mostrado que consideran dicho marco regulatorio como una herramienta flexible que puede adaptarse para ajustarse a sus necesidades. Se sabe, por los antecedentes de hecho de este caso, que los estudios tarifarios preparados por el consultor de EEGSA durante la revisión tarifaria, que arrojaban aumentos del VAD hasta 245 por ciento[29], constituían un mecanismo de presión para buscar "acordar" una tarifa por afuera del marco regulatorio que ahora TGH dice querer respetar a rajatabla. TGH ha aceptado que durante el proceso de revisión EEGSA hizo una oferta para reemplazar tales incrementos con un aumento del 10 por ciento de sus ingresos[30]. TGH buscó pintar esta "oferta", hecha en persona por el Presidente de Iberdrola en Latinoamérica (y Presidente de EEGSA), el Sr. Gonzalo Pérez, como una posibilidad legítima y transparente. Tan transparente que la oferta fue hecha en una reunión sin ninguna agenda pre-establecida, en persona, a través

29 Ver Sección V.E.5.

30 *Ibid.*

de un documento en un solo ejemplar, sin ningún correo electrónico de introducción ni de seguimiento, sin membrete en el papel y sin mencionar los nombres reales de las personas y las compañías involucradas[31]. TGH discute cuestiones secundarias en su intento por justificar la legalidad de esta propuesta, pero evita explicar la cuestión realmente relevante en torno a ella: por qué EEGSA habría hecho una oferta así, si realmente creía que el estudio tarifario que había preparado cumplía con el marco regulatorio al proponer tarifas eficientes. EEGSA y TGH no son entidades de beneficencia y si el estudio tarifario hubiera sido creíble no había ninguna razón (ni justificación ante sus propios accionistas) para ofrecer un descuento en las tarifas a regir por los próximos cinco años de esta magnitud. Por supuesto que la CNEE rechazó esta propuesta por irregular y ajena al marco regulatorio[32].

25. No es el único mensaje contradictorio que presenta TGH. En su intento de camuflar su demanda como reclamación bajo el Tratado, TGH ha "etiquetado" la conducta de Guatemala, indicando por ejemplo que Guatemala decidió "por motivos enteramente políticos" reducir las tarifas de EEGSA y que las decisiones judiciales que rechazaron los reclamos locales fueron tomados por una "Corte de Constitucionalidad movida por intereses políticos y dispuesta a hacer cuanto le pidiera [el Gobierno]". Este es el mensaje que presenta TGH en este arbitraje. El otro mensaje, el real, es el que surge de la Presentación de la Administración de DECA II efectuada por los accionistas de EEGSA (incluido TGH), en el que abiertamente proponen la comisión de un acto ilícito. Tal como surge de este documento (obtenido durante la exhibición de documentos en este arbitraje) en el año 2010 TGH y sus socios en EEGSA consideraron impugnar la reforma del artículo 98 del Reglamento. Conscientes de la debilidad de sus argumentos jurídicos, sugirieron intentar usar "influencias políticas" sobre el Poder Judicial de Guatemala para obtener un resultado "favorable" en dicha acción. La presentación habla por si sola:

---

31 *Ibid.*

32 El Sr. Pérez se marchó con las manos vacías de la reunión. Ello fue porque la CNEE insistió en los principios del Estado de derecho y en la adecuada y legítima aplicación técnica del marco regulatorio. El Sr. Pérez no ha sido llamado por TGH a testificar en este arbitraje.

> Hemos concluido que si es factible el planteamiento [de inconstitucionalidad]. Ya estamos trabajando en argumentos, sugerimos la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo favorable[33].

26. TGH ha guardado silencio absoluto en relación con este documento en su Memorial de Réplica. La contradicción en los mensajes de TGH, es nuevamente evidente. Este es el mismo accionista que busca presentarse en este arbitraje como un inversor de buena fe. El reclamo de inconstitucionalidad no se presentó, sin duda porque TGH y sus socios se dio cuenta que la Corte no se deja influenciar por el poder político (la Corte ha fallado en varias ocasiones en contra del Gobierno de turno en Guatemala[34]). Es notable que TGH no tuvo el menor empecho en proponer abiertamente la comisión de una ilegalidad de este tipo en una presentación interna a sus accionistas.

27. Las contradicciones siguen. También encontramos las declaraciones de su Gerente General en Guatemala, Sr. Víctor Urrutia. Consultado en julio de 2010 (pocos meses antes del inicio de este arbitraje) respecto de una reciente extensión de sus contratos en el sector de generación indicó, en abierta contradicción con los argumentos de TGH en este arbitraje, que:

> Teco Energy decidió ejercer la prórroga [del contrato] porque 'seguimos creyendo que [Guatemala] es un mercado, donde las reglas son claras y que hay certeza'[35].

28. Las inconsistencias de TGH también quedan a la luz si se analiza la venta de EEGSA en 2010 un día después de empezar este arbitraje. Después de haberle dicho al Tribunal que estaba en "peligro la sostenibilidad a largo plazo" de EEGSA, que su "viabilidad operativa" se encontraba "minad[a] severamente"[36], que su inversión en Guatemala estaba en "grave peligro"[37], el control de EEGSA y sus compañías relacionadas fue

---

33 Presentación de la Administración de DECA II 2009, **Anexo R-107**, 14 de enero de 2010 (lámina "Corte de Constitucionalidad – Vad") (Énfasis añadido).

34 Ver Memorial de Contestación, párrafos 451-455.

35 "Bajan el precio en contrato de Tampa", *Prensa Libre*, 12 de julio de 2010, **Anexo R- 105**.

36 Notificación de Arbitraje, párr. 69.

37 Notificación de Intención, Anexo 3 de la Notificación de Arbitraje, párr. 28.

adquirido por otro accionista extranjero, EPM de Colombia, por el monto de US$ 605 millones (de los cuales TGH recibió un monto cercano –solo por EEGSA- a los US$ 121,5 millones por su participación minoritaria de acuerdo a la valuación preparada por el propio consejero económico de TGH para la venta dichas acciones, Citibank)[38]. Ello después de que los propios propietarios de EEGSA (incluido TGH) presentaran esta compañía al comprador como "una de las mejores y más sólidas empresas del país"[39]. EEGSA por lo tanto no era ni inviable ni se encontraba severamente minada, ni corría grave peligro, como le intentó hacer creer TGH a este Tribunal, sino que por el contrario era, según las propias palabras de TGH, una de las mejores y más sólidas empresas de Guatemala.

29. En definitiva, esta controversia es lo que siempre ha sido: una simple controversia regulatoria que ha sido tramitada y resuelta por los tribunales nacionales, y que TGH pretende resucitar bajo el disfraz de una reclamación internacional. Pero esa reclamación internacional está destinada a fracasar ya que no es tarea de los tribunales internacionales revisar la aplicación de regulaciones nacionales emanadas de entes reguladores locales competentes, en particular cuando las decisiones del regulador ya se han sometido a los varios niveles de revisión judicial, llegando hasta su instancia más alta, la Corte de Constitucionalidad.

30. Teniendo en cuenta que los hechos del caso ya han sido ampliamente expuestos, Guatemala propone en este Memorial de Dúplica primero resumir las cuestiones de admisibilidad y jurisdicción (Sección III), lo cual debería ser suficiente para que el Tribunal concluya su análisis. Se incluye sin embargo, *ex abundante cautela*, un análisis de las reclamaciones sustantivas de TGH (Sección IV) y finalmente, para demostrar la verdadera naturaleza de las reclamaciones de derecho doméstico de TGH, y su total falta de mérito, Guatemala responde con abundante detalle a las alegaciones fácticas y técnicas de TGH en la Sección V. En la Sección VI, Guatemala se refiere a los reclamos de daños presentados por TGH.

---

38 Carta de Citibank al Directorio de Teco Energy, Inc., 14 de octubre de 2010, **Anexo R-128**, pág. 7 (C-1-01) hojas 7 y 8.

39 Deca II - Presentación Gerencia, septiembre de 2010, **Anexo R-127**, pág. 22.

III. LA RECLAMACIÓN DE TGH DEBE SER RECHAZADA POR FALTA DE JURISDICCIÓN COMO OCURRIÓ EN EL CASO *IBERDROLA*

A. EL TRIBUNAL DEBE EXAMINAR SI LA RECLAMACIÓN DE TGH PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA RECLAMACIÓN BAJO EL TRATADO SOBRE LA QUE TENGA JURISDICCIÓN *RATIONE MATERIAE*

31. TGH invoca el artículo 10.16.1 del Tratado para someter la presente controversia a este Tribunal[40]. Este artículo establece, en la parte relevante, como sigue:

> En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:
>
> (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue:
>
> (i) que el demandado ha violado
>
> (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
>
> (B) una autorización de inversión, o
>
> (C) un acuerdo de inversión;

32. TGH no invoca los apartados B o C de esta disposición, sino el apartado A. Según esta disposición, TGH solo puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue la violación por parte del Estado guatemalteco de uno de los estándares de protección de inversiones establecidos por el Tratado. Es decir, el consentimiento de Guatemala al arbitraje, y por lo tanto la jurisdicción *ratione materiae* de este Tribunal, no se refiere a cualquier tipo de reclamación, sino solo a aquellas reclamaciones que versen genuinamente sobre violaciones de las disposiciones sustantivas del Tratado[41].

33. En el Memorial de Réplica TGH reconoce que para que haya jurisdicción de este Tribunal debe acreditar que los hechos son "susceptibles" de constituir violaciones del Tratado, y en concreto del estándar mínimo internacional de trato que es la única

40 Notificación de Arbitraje, párr. 27.

41 Memorial de Contestación, párrs. 47-78.

protección del Tratado que invoca[42]. Sin embargo, sorprende la superficialidad con la que trata esta cuestión crucial, dedicándole tan solo 5 párrafos de un total de 321 que contiene el Memorial de Réplica[43].

34. La importancia de esta cuestión queda demostrada por el laudo en el caso *Iberdrola*, asunto idéntico al presente en cuanto a los hechos. En *Iberdrola*, el tratado aplicable era el TBI Guatemala-España que restringe el arbitraje a "[t]oda controversia […] respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo [el TBI]"[44]. Es decir, según el tribunal su jurisdicción se limitaba solamente a controversias o diferencias "relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado"[45], que es exactamente lo que ocurre también en este caso. Como se desarrolla más abajo[46], el tribunal denegó que la reclamación, idéntica a la que somete TGH a este Tribunal, fuera "una genuina reclamación" de que Guatemala violó el tratado[47]. Por lo tanto, el tribunal aceptó la misma objeción de jurisdicción que Guatemala plantea en el caso presente, rechazando la reclamación por falta de jurisdicción por unanimidad e incluso condenando a la demandante a pagar todos los costos del procedimiento.

35. Por lo tanto, lejos de la ligereza con que aborda este tema TGH, la cuestión resulta ser de fundamental importancia. En palabras del tribunal en *Iberdrola*, "el análisis sobre jurisdicción debe realizarse de manera cuidadosa, en cada caso en particular, teniendo en cuenta el respectivo tratado o instrumento de expresión del consentimiento"[48], puesto que como también dijo dicho tribunal:

---

42 Memorial de Réplica, párr. 284.

43 *Ibid,* párrs. 283-287.

44 Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, 9 de diciembre de 2002, **Anexo RL-18,** art. 11.

45 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párr. 306.

46 Ver Sección III.D abajo.

47 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párr. 368.

48 *Ibid,* párr. 303, citando anteriores decisiones de tribunales arbitrales.

> No basta […] con etiquetar la interpretación de la CNEE o de las cortes como 'arbitraria' para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo[49].

36. El Tribunal debe pues analizar la verdadera naturaleza de la reclamación para determinar su jurisdicción *ratione materiae*, por encima de las etiquetas que la demandante quiera ponerle a su reclamación. Esto es particularmente oportuno cuando, como en este caso, no hubo bifurcación del procedimiento entre jurisdicción y fondo, puesto que el Tribunal puede decidir sobre la naturaleza de la reclamación conociendo ya todos los argumentos y pruebas presentados por las partes, como explica Audley Sheppard:

> In both investment treaty cases and/or ICSID cases, the question arises as to what extent the tribunal should review the claimant's factual and legal case for the purposes of establishing jurisdiction. <u>This question does not arise when jurisdiction is joined with the merits, because in those circumstances the tribunal can assess jurisdiction in the context of all the evidence</u>[50].

37. Por tanto, como dijo el tribunal en *Iberdrola*, "más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos", debe examinarse la materia a la que se refiere "la parte sustancial de estos temas"[51], para determinar si existe jurisdicción sobre la reclamación. En palabras de otros tribunales, debe examinarse "whether or not 'the fundamental basis of a claim' sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere"[52]. Este análisis de la sustancia de la reclamación de TGH debe conducir el presente Tribunal a denegar la reclamación de TGH por falta de jurisdicción, como ocurrió en *Iberdrola*.

---

49 *Ibid*, párr. 368.

50 A. Sheppard, "The Jurisdictional Threshold of a *Prima-Facie* Case" en P. Muchlinski, F. Ortino, e C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008) 932, **Anexo RL-23,** págs. 941-942.

51 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34,** párr. 351.

52 *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21) Laudo, 30 de julio de 2009, **Anexo RL-12,** párr. 61.

B. TGH CONTINÚA PLANTEANDO UN MERO DESACUERDO REGULATORIO Y DE DERECHO GUATEMALTECO

38. TGH es consciente del vicio jurisdiccional de su reclamación y en el Memorial de Réplica intenta artificiosamente reforzar el disfraz de su queja como reclamación bajo el Tratado. Como hiciera Iberdrola al presentar su caso, TGH recurre a frases hechas, calificativos altisonantes y etiquetas como "arbitrariedad", "burla", "repudiación", "desmantelar", "destruir", violación "deliberada", "premeditada", "flagrante", o "manifiesta", "atropello calculado y deliberado", refiriéndose al modo como la CNEE aplicó la regulación guatemalteca del sector eléctrico, para dramatizar y elevar el tono de la reclamación y hacerla parecer una reclamación bajo el Tratado[53]. Sin embargo, la cuestión planteada por TGH sigue siendo una cuestión puramente de derecho domestico guatemalteco: si la CNEE interpretó y aplicó correctamente o no la regulación, y si el VAD finalmente aprobado era el correcto de acuerdo con dicha regulación. Esto es lo que de verdad se pide a este Tribunal que decida, como si pudiera erigirse en tribunal guatemalteco de tercera instancia o en algún tipo de ente administrativo o regulador. Este Tribunal no puede tener ese papel. En palabras del tribunal en el caso *Iberdrola*: "En las alegaciones de la Demandante, el Tribunal no encuentra más que una discusión de derecho local, que no tiene competencia para retomar y volver a resolver como si fuera una corte de apelación" o "como ente regulador, como entidad administrativa"[54].

39. Las alegaciones de TGH son como las de Iberdrola. Se trata de los mismos hechos, de la misma reclamación de derecho guatemalteco e idénticas quejas técnico-financieras. Por ejemplo, es sintomático que TGH sienta la necesidad de comenzar su Memorial de Réplica con una larga disquisición sobre cómo debe interpretarse el marco regulatorio eléctrico guatemalteco. TGH destaca las supuestas "facultades restringidas en la revisión de las tarifas de la distribuidora", que "[l]as decisiones de la Comisión Pericial […] son vinculantes" y como "el VAD se calcularía en función del Valor Nuevo de

---

53 *Ver*, por ejemplo, Memorial de Réplica, párrs. 3, 6, 89, 117, 160, 181, 190, 185, 208, 219, 220, 222, 228, 230, 237, 238, 245-247, 249, 251, 253, 262, 283, títulos de las secciones III.A y III.A.3.b.

54 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34,** párrs. 349, 354.

Reemplazo”[55], haciendo continua referencia a la opinión complementaria sobre interpretación de la regulación guatemalteca de su perito en derecho guatemalteco, el Lic. Alegría, que es citado en no menos de 53 párrafos de la parte de hechos del Memorial de Réplica[56]. En otros 24 párrafos TGH cita a otro perito, el Dr. Barrera, que pretende interpretar la regulación desde un punto de vista técnico-financiero[57]. Es decir, prácticamente toda la sección de hechos del Memorial de Réplica de TGH está dedicada a presentar un desacuerdo con la interpretación que hizo la CNEE de determinados aspectos jurídicos, técnicos y financieros de la regulación guatemalteca.

40. También es indicativo que la sección del Memorial de Réplica sobre los actos que se reprochan a la CNEE se titule: “*La revisión de las tarifas de EEGSA para el período tarifario 2008-2013 se llevó adelante en violación del marco regulatorio* […]”[58]. El tema, por tanto, no es otro que determinar si la CNEE interpretó y aplicó correctamente el marco regulatorio local, o por el contrario lo hizo incorrectamente violando dicho marco. Las cuestiones vuelven a ser las mismas, es decir la interpretación de la regulación por parte de la CNEE en materia de: (1) facultades en la conducción del proceso de aprobación del VAD y de las tarifas[59], alegando por ejemplo que la CNEE “invocó arbitrariamente la versión modificada del artículo 98 del [Reglamento]”[60]; (2) el carácter vinculante o no del dictamen de la Comisión Pericial y alcance de sus funciones, en concreto si esta Comisión debía aprobar el estudio de Bates White

55 Memorial de Réplica, título de la secciones II.A.1.c y d, y II.A.2.

56 *Ibid*, párrs. 14, 15, 18, 21, 23, 26-30, 32-35, 39, 43-46, 50, 85-87, 91, 93-98, 109, 110, 123, 136, 137, 142-144, 148, 160, 167, 184-187, 189, 190, 210, 213-215, 224, 225.

57 *Ibid*, párrs. 55-57, 66, 72, 112, 113, 116, 132, 163, 177, 179, 180, 191-196, 199, 201, 202, 204, 205.

58 *Ibid*, título de la sección II.E.

59 *Ibid*, párrs. 101-132, bajo los epígrafes “[l]os Términos de Referencia de la CNEE eran contrarios a la LGE y el RLGE y menoscabaron el fin del proceso de revisión tarifaria” y “[l]a CNEE no trabajó de forma constructiva con EEGSA o su consultora durante el proceso de revisión tarifaria” (secciones II.E.2 y 3 del Memorial de Réplica).

60 *Ibid*, párr. 117.

supuestamente revisado conforme a dicho dictamen[61]; y (3) cuestiones técnicas y económicas sobre la determinación del monto del VAD[62].

41. Respecto de la reforma puntual del artículo 98 del Reglamento en marzo de 2007[63], TGH la reprocha diciendo que fue "inconstitucional"[64]. Esto es contradictorio con su argumento de que en realidad el presunto problema fue que la CNEE interpretó y aplicó incorrectamente dicha disposición (como se señala en el párrafo precedente). En cualquier caso, jamás ni la propia EEGSA ni ninguna otra distribuidora, ni nadie recurrió contra tal reforma por inconstitucional, lo cual es lógico puesto que la reforma es acorde con la LGE y las facultades regulatorias de la CNEE[65]. La propia TGH nunca se quejó de dicha reforma antes de este arbitraje y ni siquiera la mencionó en la detallada "notificación de intención de someter la controversia a arbitraje" que envió a Guatemala el 9 de enero de 2009, como paso previo requerido por el Tratado antes de poder iniciar el arbitraje. Es más, si TGH verdaderamente reclamara por la reforma, esta reclamación habría prescrito de acuerdo con el artículo 10.18.1 del Tratado[66]. Tampoco la reforma del artículo 98 bis del Reglamento fue objetada por EEGSA, TGH o cualquier otro distribuidor cuando se adoptó en mayo de 2008[67], y además no se aplicó en este caso como reconoce TGH[68]. El tema central del reclamo de TGH por tanto no deja de ser la mera aplicación que hizo la CNEE del marco regulatorio.

---

61 *Ibid*, párrs. 133-199, bajo los epígrafes "[d]espués de convocar a una Comisión Pericial, Guatemala intentó manipular el proceso para su beneficio" y "[l]a CNEE disolvió la Comisión Pericial unilateral e ilegalmente y estableció los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA sobre la base de su propio estudio del VAD" (secciones II.E.4 y 5 del Memorial de Réplica).

62 *Ibid*, párrs. 191-207.

63 Acuerdo Gubernativo 68-2007, 2 de marzo de 2007, publicado en el Diario de Centro América el 5 de marzo de 2007, **Anexo R-35**.

64 Memorial de Réplica, párr. 91.

65 Ver párrs. 123-135 abajo.

66 Esta disposición establece: "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 […]". La reforma del artículo 98 tuvo lugar el 5 marzo 2007, pero TGH no reclamó bajo el Tratado contra la misma hasta el 20 de octubre de 2010 cuando presentó la Notificación de Arbitraje. Su "notificación de intención" de enero de 2009 no refirió a esta reforma.

67 Resolución 145-2008, 30 de julio de 2008, **Anexo C-273**.

68 Memorial de Demanda, párr. 135.

42. TGH retoma el mismo debate regulatorio en la parte jurídica de su Memorial de Réplica, esta vez bajo la etiqueta de la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo[69]. Por ejemplo, respecto a las expectativas legítimas, bajo el epígrafe altisonante "[l]a repudiación deliberada por parte de la Demandada de su Marco Legal y Regulatorio violó las expectativas legítimas de la Demandante"[70], TGH en realidad argumenta de nuevo que la CNEE supuestamente no respetó las presuntas limitaciones de su autoridad en materia tarifaria y de determinación del VAD y el presunto carácter vinculante del dictamen de la Comisión Pericial de acuerdo con la regulación[71]. TGH también fundamenta la violación del estándar en la supuesta arbitrariedad y "repudio o la violación deliberados" por parte de la CNEE de "elementos esenciales de su propio marco legal o regulatorio interno"[72]. Al margen de los calificativos, la cuestión es siempre la misma: si la CNEE actuó correctamente o no según la regulación al interpretar y aplicar determinados aspectos de la misma, llámese a las supuestas equivocaciones de la CNEE "repudiación", "arbitrariedad" o simplemente violaciones de la regulación[73].

43. Para exacerbar artificiosamente las acusaciones de arbitrariedad, TGH cita ahora ciertos correos electrónicos intercambiados entre la CNEE y el Ing. Jean Riubrugent, que según TGH denotarían algún tipo de conspiración de la CNEE contra EEGSA[74]. Como se explica más abajo[75], estos intercambios son totalmente inocuos. Se trata de: intercambios entre la CNEE y el Ing. Riubrugent en diciembre de 2007 y enero de 2008, que era entonces su consultor, para precisar una cuestión técnica en el ámbito de la elaboración de los Términos de Referencia[76]; algunos intercambios de información y

---

69 Memorial de Réplica, sección III.

70 *Ibid,* sección III.A.3.b.

71 *Ibid,* párrs. 261-271.

72 *Ibid,* título sección III.A y título y contenido de la sección III.A.2.

73 *Ibid,* párrs. 244-246, 248-253, título sección III.A.3.b.

74 *Ibid,* párrs. 4, 90, 116, 139-140, 170, 171, 216, 245, 252.

75 Ver párrs. 326-330 abajo.

76 Correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, fechas varias, **Anexo C-567**; Correos electrónicos entre J. Riubrugent y M. Peláez, 13 de diciembre de 2007, **Anexo C-490**.

aclaraciones para que dicho experto mejor entendiera la posición de la CNEE en el contexto de la Comisión Pericial[77]; así como sus dudas sobre cuestiones legales relativas a las funciones de la Comisión Pericial, incluso respecto del carácter vinculante del informe y si la tarea de la Comisión Pericial se extendía a revisar una segunda vez el estudio Bates White y aprobarlo[78]. No hay en estos correos ningún elemento arbitrario sino que se trata mayormente de discusiones técnicas entre el ente regulador y su consultor o (en el caso de los correos relacionados con la Comisión Pericial) su perito de parte. Sobre estos últimos, resulta absurdo que TGH quiera ver en ellos algún intento de la CNEE de influenciar a la Comisión Pericial. Si había alguien que estaba intentando influir a la Comisión Pericial era EEGSA, que había designado al Lic. Leonardo Giacchino como miembro de la Comisión Pericial, a pesar de que el propio Lic. Giacchino había sido responsable y autor del estudio de Bates White bajo análisis de dicha Comisión.

44. La insistencia de TGH sobre estos correos, para dar algún crédito a las acusaciones de arbitrariedad, denota en realidad lo contrario: la falta de soporte fáctico para disimular la naturaleza meramente regulatoria de la controversia. Por ejemplo, prueba contundente de que no hubo arbitrariedad respecto al desempeño del Ing. Riubrugent en la Comisión Pericial es que TGH no tiene queja alguna sobre el pronunciamiento de la Comisión Pericial. Sin duda, si hubiera habido tal arbitrariedad, y dicho desempeño le hubiera causado algún agravio, TGH objetaría el pronunciamiento de la Comisión Pericial. Al contrario, insiste incorrectamente en su carácter vinculante e incluso sugiere que Bates White lo habría implementado en su estudio de 28 de julio de 2008, que la CNEE habría debido aprobar, lo cual de todas formas es insostenible y, como ha quedado demostrado, falso[79].

---

77 Correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, 18 de junio de 2008, **Anexo C-498**; Correos electrónicos entre M. Peláez y J. Riubrugent, fechas varias, **Anexo C-496**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, 11 de julio de 2008, **Anexo C-501**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, 7 de julio de 2008, **Anexo C-500**.

78 Correos electrónicos entre M. Quijivix, A. Brabatti y J. Riubrugent, 23 de junio de 2008, **Anexo C-499**; Correos electrónicos entre M. Quijivix y J. Riubrugent, fechas varias, **Anexo C-504**; Correo electrónico de J. Riubrugent a M. Quijivix, 2 de agosto de 2008, **Anexo C-505**.

79 Ver Sección V.E abajo.

45. TGH y su experto Alegría no pueden cambiar la realidad de los hechos por meras conjeturas y opiniones infundadas de que "la CNEE orquestó la reducción de las tarifas eléctricas", junto con la Corte de Constitucionalidad que le dio la razón, por "razones estrictamente políticas"[80], simplemente porque no les gustó la forma como la CNEE interpretó la regulación, o el VAD que fue aprobado a EEGSA, o las decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Acusaciones temerarias y teorías conspiratorias de esta índole requieren mucho más que meras aseveraciones. Las acusaciones de TGH no solo carecen de cualquier soporte probatorio sino que son directamente contrarias a la conducta desplegada por la propia TGH, que en una presentación del Consejo de Administración de DECA II a principios de 2010 consideró abiertamente la posibilidad de presionar ilegalmente a la Corte de Constitucionalidad en relación con un posible recurso sobre el alcance del artículo 98 del Reglamento:

> Hemos concluido que si es factible el planteamiento. Ya estamos trabajando en argumentos, sugerimos la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo favorable[81].

46. No hubo ningún "orquestamiento" político por parte de Guatemala y TGH no presenta ni un atisbo de evidencia en tal sentido. Si hubiera habido alguna prueba, TGH habría presentado una alegación por denegación de justicia contra las decisiones de la Corte, e incluso también contra el quehacer de la CNEE (posibilidad que reconoce y examina el tribunal en *Iberdrola*[82]), cosa que, con buen criterio, no hace. El tribunal en *Iberdrola* fue claro al afirmar que "[e]stima el Tribunal que lo que ha planteado la Demandante, y en esto tiene razón la Demandada, es simplemente un desacuerdo con el procedimiento seguido por la CNEE"[83]; y que sobre la decisión de la Corte de Constitucionalidad al

---

80 Memorial de Réplica, párrs. 4, 228, ver también, párrs. 91, 126, 209, 214; Alegría Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 87.

81 Presentación de la Administración de DECA II 2009, **Anexo R-107**, pág. 17.

82 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34,** párrs. 438-452.

83 *Ibid*, párr. 449.

respecto "[n]o encuentra el Tribunal que haya en la decisión dudas justificadas acerca de lo adecuado de la decisión"[84].

47. En síntesis, la reclamación de TGH sigue siendo la reclamación de derecho guatemalteco y técnico-financiera sobre la interpretación y aplicación de ciertos aspectos de la regulación eléctrica por parte de la CNEE, que EEGSA y TGH ya han planteado ante la justicia guatemalteca.

C. TGH, A TRAVÉS DE EEGSA, YA HA LITIGADO ANTE LAS CORTES DE GUATEMALA LAS MISMAS CUESTIONES DE QUE SE QUEJA EN ESTE ARBITRAJE

48. Como Guatemala explicó en su Contestación, EEGSA (con el asentimiento de TGH como socio poseedor del 30% del paquete accionario de DECA II) ha recurrido ante los tribunales locales –correctamente dada la naturaleza regulatoria y de derecho guatemalteco de su desacuerdo con la CNEE– para hacer valer su interpretación del marco regulatorio y contractual[85]. Los tribunales guatemaltecos han estado plenamente disponibles para atender las reclamaciones de EEGSA y analizar su posición respecto de los desacuerdos con la CNEE y lo han hecho de manera independiente e imparcial (incluso, tal como la propia TGH lo ha notado, en al menos cuatro ocasiones, distintos tribunales de primera instancia han dado la razón a la posición de EEGSA y TGH[86]).

49. Las acciones locales emprendidas por EEGSA contra las Resoluciones de la CNEE relacionadas con la discusión objeto de este reclamo llegaron a tener una resolución final por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, tribunal que TGH define en su Memorial de Réplica como "el más alto tribunal guatemalteco a cargo de las cuestiones constitucionales"[87]. Se trató en tal caso de acciones judiciales que permitieron un amplio marco para el análisis de las posiciones de las partes, incluyendo la posibilidad de ofrecer y producir prueba para ambas partes, efectuar presentaciones en audiencias

84 *Ibid*, párr. 493.

85 Memorial de Contestación, párrs. 449-454.

86 Memorial de Réplica, párrs. 209-210; Memorial de Demanda, párrs. 207, 209.

87 *Ibid*, párr. 23.

orales y públicas, vistas al ministerio público y organismos de control[88]. Dichas acciones fueron las siguientes:

(a) El recurso de amparo número 37 interpuesto el 14 de agosto de 2008[89], ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia de lo Civil y en contra de la Providencia de 25 de julio de 2008 mediante la cual la CNEE - disolvió la Comisión Pericial[90], y las Resoluciones de la CNEE de 29 y 30 de julio de 2008 -que aprobaron el estudio tarifario preparado por Sigla y los pliegos tarifarios de EEGSA[91]. Por Sentencia de 31 de agosto de 2009 el Juzgado Octavo otorgó el amparo y suspendió los efectos de la Providencia que disolvió la Comisión Pericial[92]. La CNEE apeló la sentencia de primer grado ante la Corte de Constitucionalidad y, por Sentencia de 24 de febrero de 2010, la Corte de Constitucionalidad por unanimidad acogió la apelación de la CNEE y revocó la Sentencia del tribunal inferior, rechazando así la acción de EEGSA[93]. En su sentencia, la Corte de Constitucionalidad determinó que:

- la regulación no otorga a la Comisión Pericial otra función que la de pronunciarse sobre las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor[94];

88 Ver Procesos de Amparo Promovidos por EEGSA Contra Actuaciones de la CNEE, **Apéndice R-V**.

89 Solicitud de Amparo de EEGSA No. 37-2008, 14 de agosto de 2008, **Anexo C-291**.

90 GJ-Providencia-3121 (Expediente GTTE-28-2008), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**.

91 Resolución 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**; Resolución de CNEE 145-2008, 30 de julio de 2008, **Anexo C-273**; Resolución de CNEE 146-2008, 30 de julio de 2008, **Anexo C-274**. La petición de amparo incluyó una solicitud de "[c]ondenar en daños y perjuicios a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a efecto de resarcirla de la seria afectación que ha cometido al violar los derechos constitucionales y legales de la que es titular la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. en abierta infracción a la normativa nacional e internacional". Asimismo, la petición incluyó una solicitud de que se declarara la "responsabilidad solidaria que tiene el Estado de Guatemala con la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a fin de resarcir a la [EEGSA] por los daños y perjuicios". Solicitud de Amparo de EEGSA No. 37-2008, 14 de agosto de 2008, **Anexo C-291**, pág. 20.

92 Sentencia del Juzgado Octavo de Primera Instancia del Ramo Civil, (Amparo 37-2008), 31 de agosto de 2009, **Anexo C-330**.

93 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110.**

94 *Ibid*, pág. 31-32.

- La disolución de la Comisión Pericial cuando ésta ya había emitido su pronunciamiento no pudo causar agravio a EEGSA[95]; y

- El pronunciamiento 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[96].

(b) La acción de amparo número 7964 interpuesta el 27 de agosto de 2008[97], contra la Resolución de la CNEE de 29 de julio de 2008 que aprobó el estudio tarifario elaborado por Sigla[98], solicitando además que se suspendieran las Resoluciones de la CNEE de 30 de julio de 2008 aprobando los pliegos tarifarios[99]. Por Sentencia de 15 de mayo de 2009 el Juzgado Segundo de Primera Instancia de lo Civil concedió el amparo[100]. La CNEE apeló la sentencia de primer grado ante la Corte de Constitucionalidad y por sentencia de 18 de noviembre 2009, la Corte de Constitucionalidad acogió la apelación de la CNEE, revocando la sentencia del tribunal inferior y rechazando así la acción intentada por EEGSA[101]. La decisión por mayoría de la Corte de Constitucionalidad decidió como sigue:

- La CNEE es la única entidad facultada para aprobar las tarifas y no está autorizada a delegar esta función[102];

---

95 *Ibid*, pág. 32.

96 *Ibid*, pág. 32-34.

97 Solicitud de Amparo de EEGSA No. C2-2008-7964, 27 de agosto de 2008, **Anexo C-298**.

98 Resolución 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

99 *Ibid*; Resolución de CNEE 145-2008, 30 de julio de 2008, **Anexo C-273.**

100 Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, Amparo C2-2008-7964, 15 de mayo de 2009, **Anexo C-328**.

101 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**.

102 *Ibid*, págs. 30-32.

- La Comisión Pericial tiene la sola función de emitir un pronunciamiento en caso de discrepancias entre el estudio del VAD presentado por el distribuidor y los Términos de Referencia dictados por la CNEE[103];

- Una vez que ha emitido su pronunciamiento, el ordenamiento no prevé ninguna otra función adicional para la Comisión Pericial[104];

- 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 pronunciamiento de la Comisión Pericial no puede tener carácter vinculante[105]; y

- 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, pero aclara que esta cuestión no fue sometida a decisión de la Corte[106].

50. Como surge de la descripción de los reclamos locales, las cuestiones debatidas en dichos casos fueron las mismas cuestiones relativas a la revisión tarifaria de EEGSA que TGH ha traído frente a este Tribunal. En las sentencias dictadas en dichos casos, la Corte de Constitucionalidad decidió los puntos controvertidos del procedimiento tarifario y dio la razón a la CNEE. Como se explica arriba y a continuación, habiendo recibido las sentencias fundadas de la Corte de Constitucionalidad rechazando sus reclamos, ahora TGH, bajo el disfraz de una reclamación en base al Tratado, quiere que este Tribunal se erija en corte guatemalteca de *última instancia* en la materia.

---

103 *Ibid*, págs. 23-26.

104 *Ibid*, pág. 25.

105 *Ibid*, pág. 23, 31-32.

106 *Ibid*, pág. 32-33.

D. POR TANTO, LA RECLAMACIÓN DE TGH NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA RECLAMACIÓN BAJO EL TRATADO SOBRE LA QUE ESTE TRIBUNAL TENGA JURISDICCIÓN, COMO LO CONFIRMA EL LAUDO *IBERDROLA*

51. La posición de TGH sobre todas las cuestiones regulatorias, técnico-financieras y de derecho guatemalteco descritas arriba, y que constituyen la sustancia de su reclamación, es incorrecta como ya se demostró en el Memorial de Contestación y se reitera más abajo[107]. Pero lo importante, a efectos jurisdiccionales, es que una reclamación cuya base fundamental es si un regulador en ejercicio de sus funciones interpretó y aplicó correctamente un marco regulatorio[108] (cuestión además ya resuelta por los tribunales nacionales encargados de enjuiciar dicha conducta dando la razón al regulador) no puede dar lugar a una reclamación por violación de los estándares internacionales de protección de inversiones. La controversia es meramente de derecho local (si se violó o no la regulación) y, en este tipo de casos, lo que el Estado debe garantizar es que sus tribunales estén disponibles y decidan sobre dicha controversia sin denegar justicia, cosa que TGH no reprocha a Guatemala en este caso.

52. Es decir, no hay nada que se pueda imputar a Guatemala, como Estado, como violatorio del Tratado o del derecho internacional: la CNEE actúo en ejercicio de sus competencias como ente regulador independiente en el proceso de revisión tarifaria, según su mejor saber y entender; EEGSA y TGH podían obviamente disentir del quehacer de la CNEE, y así lo hicieron sometiendo los pretendidos errores de interpretación o aplicación del marco regulatorio ante la justicia guatemalteca; tal como se explicó en la sección precedente, el desacuerdo fue analizado en dos instancias jurisdiccionales de Guatemala, y las decisiones finales de la Corte de Constitucionalidad dieron la razón a la CNEE; pero TGH no pone en tela de juicio dichas decisiones desde el punto de vista del derecho internacional (denegación de justicia).

53. Por lo tanto, la cuestión de derecho guatemalteco se resolvió, como debía serlo, ante los tribunales locales y no se reprocha a Guatemala ninguna violación del Tratado o del

---

107 Ver Sección V.E.

108 Memorial de Contestación, párrs. 52-55.

derecho internacional por denegación de justicia. Lo que TGH busca no es más que un tercer grado de juicio, ahora bajo el disfraz de reclamación bajo el Tratado, pero su reclamación sigue siendo lo que siempre fue: un desacuerdo regulatorio con la CNEE que fue tratado por la justicia guatemalteca, sin que dicho tratamiento sea objeto de queja por TGH. En síntesis, no se reprocha nada al Estado guatemalteco bajo el Tratado, sino que se pide (i) una revisión de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, es decir un nuevo fallo sobre las mismas cuestiones de derecho guatemalteco o (ii) una nueva revisión tarifaria, esta vez a ser conducida por este Tribunal.

54. Nótese que TGH pide a este Tribunal determinar si la CNEE cumplió o no con la regulación. En caso afirmativo, la reclamación de TGH desaparece, es decir se agota junto con la cuestión de derecho local. No existe por tanto una verdadera reclamación de derecho internacional independiente de la de derecho guatemalteco, que ya fue resuelta por los tribunales guatemaltecos. No es coincidencia, por lo tanto, que TGH no aborde en su Memorial de Réplica la cuestión del derecho aplicable, y el papel que debe jugar el derecho guatemalteco respecto del derecho internacional. No lo hace porque tendría que admitir que su reclamación no es de derecho internacional.

55. Todo esto ha quedado patente en el laudo *Iberdrola.* El el tribunal en *Iberdrola* se refirió a las abundantes "etiquetas"[109] y "calificaciones"[110] utilizadas por Iberdrola, tales como tildar las acciones de la CNEE de "aberrantes"[111], "arbitrarias"[112], "derogación del marco legal"[113], o "repudiación"[114], "quiebra manifiesta"[115], "anulación"[116], "destrucción"[117] de los derechos de EEGSA o de los "principios fundamentales",

---

109 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párrs. 327, 349, 353, 368.

110 *Ibid,* párrs. 323, 351, 356, 368.

111 *Ibid,* párrs. 323, 326.

112 *Ibid,* párrs. 180, 215, 228, 246, 247, 277, 282, 315, 326, 328, 338, 342, 367, 368.

113 *Ibid,* párrs. 329, 333.

114 *Ibid,* párrs. 378, 439.

115 *Ibid,* párr. 379.

116 *Ibid,* párrs. 330, 331, 379.

117 *Ibid,* párr. 383.

"principios rectores" o "garantías básicas" del marco regulatorio "ofrecidas a los inversores". Sin embargo, el tribunal no se dejó confundir por estos epítetos:

> Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al derecho guatemalteco. En los distintos escritos presentados durante el arbitraje, las Partes debatieron *in extenso* sobre la forma en la que debían interpretarse determinadas disposiciones del derecho guatemalteco, y particularmente, las disposiciones de la LGE y el [Reglamento][118].

56. La esencia de la reclamación de Iberdrola, la misma que la de TGH aquí, era pues un mero desacuerdo regulatorio, que el tribunal resumió como sigue:

> El Tribunal, según la reclamación planteada por la Demandante, tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia, para definir, entre otros y a la luz del derecho guatemalteco, los siguientes asuntos:
>
> […]
>
> b. El alcance de la participación del distribuidor en el cálculo del VAD (particularmente, con base en los Artículos 74 y 75 de la LGE y 97 y 98 del [Reglamento]) y si el consultor tenía la facultad de separarse de los Términos de Referencia.
>
> c. La fórmula correcta para calcular el VAD y en particular para definir: (a) el VNR necesario para determinar la base de capital remunerable; (b) el FRC que multiplicado por el VNR resulta en el coste anual del capital; y (c) las pérdidas de energía. Lo anterior obligaría al Tribunal a definir si el VAD correcto fue el resultante del primer estudio de Bates White, el del segundo estudio de esa empresa, el determinado por la Comisión Pericial, el definido por Sigla, el establecido por Estanga y Suárez, el fijado por Damonte o, incluso, el ofrecido por el señor Pérez en la tan discutida reunión con funcionarios de EEGSA.

118 *Ibid,* párr. 351 (Énfasis añadido).

> d. La interpretación correcta de los Artículos 73 y 79 de la LGE que señalan la tasa de actualización que se debe utilizar para calcular las tarifas.
>
> […]
>
> f. La interpretación correcta de las normas referentes a la contratación de estudios tarifarios y si esas normas autorizaban a la CNEE para contratar su propio estudio tarifario, independiente del estudio del distribuidor.
>
> g. Las facultades de la CNEE y, en particular, aunque no exclusivamente, si esas facultades eran simplemente de supervisión, en lo que respecta a la determinación de las tarifas, o si le correspondía fijar esas tarifas.
>
> h. Si el pronunciamiento de la Comisión Pericial era vinculante, (como se señaló, sobre este asunto se dio un extenso debate basado en los criterios de interpretación de la ley guatemalteca).
>
> i. Si existió un acuerdo entre la CNEE y EEGSA sobre las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial. De ser ese el caso, si ese acuerdo era válido.
>
> j. Si la decisión unilateral de la CNEE de disolver la Comisión Pericial fue legal.
>
> k. Si la actuación de la CNEE al rechazar el estudio del consultor de la Demandante y acoger el de Sigla fue legal.
>
> […][119]

57. Estas son las alegaciones que presenta TGH también aquí, las cuales el tribunal en *Iberdrola* claramente calificó como de mera disputa regulatoria y de derecho local:

> Como bien se puede observar en los diferentes escritos y alegaciones formuladas a lo largo de este arbitraje, la sustentación de la Demandante de la alegada violación de Guatemala de los estándares del Tratado se basa en las diferencias de interpretación de las normas de la República de Guatemala y de las fórmulas económicas para calcular el VAD que tuvieron EEGSA y la CNEE, durante el proceso de revisión tarifaria para el quinquenio 2008 -2013. Más allá de

[119] *Ibid*, párr. 354. (Énfasis añadido).

> etiquetar las actuaciones de la Demandada, la Demandante no presenta un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son, a su juicio, los actos de imperio de la República de Guatemala que, en derecho internacional, podrían constituir violaciones del Tratado. En las alegaciones de la Demandante, el Tribunal no encuentra más que una discusión de derecho local, que no tiene competencia para retomar y volver a resolver como si fuera una corte de apelación. […]
>
> [L]a Demandante, si bien vuelve a citar las normas del Tratado y a referirse a decisiones de otros tribunales internacionales, se siguió centrando en las diferencias de interpretación, según el derecho guatemalteco, de los temas tantas veces mencionados en el presente laudo. El Tribunal reitera que más allá de etiquetar las conductas de la CNEE como violatorias del Tratado, no planteó la Demandante una controversia bajo el Tratado y el derecho internacional, sino un debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado demandado.
>
> […]
>
> En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo con el derecho guatemalteco y que le conceda la razón en su interpretación de cada uno de los asuntos debatidos, de manera que, a partir de esa decisión de este Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado[120].

58. El tribunal claramente concluyó que la reclamación era de derecho guatemalteco y no de derecho internacional, que es exactamente la misma que platea Guatemala en el presente caso:

> El Tribunal reitera que coincide con la Republica de Guatemala en que:
>
> "*… la demanda de Iberdrola, basada en si la CNEE podía o no rechazar el estudio Bates White o aprobar el de Sigla, si debía o no delegar esta función en la Comisión Pericial, o si se cumplieron correctamente los aspectos técnicos de cálculo del VNR y del Factor de Recuperación de Capital, se funda solamente en la interpretación de la regulación guatemalteca.*

120 *Ibid*, párrs. 349, 353-355. (Énfasis añadido).

> *La reclamación de Iberdrola no es, ni puede ser, por lo tanto, una reclamación de derecho internacional*.
>
> "…[*l*]*o que Iberdrola le está pidiendo a este Tribunal es simple y llanamente que decida cuál es la interpretación correcta, la de Iberdrola y EEGSA por un lado, o la de la CNEE, por el otro, sobre cuestiones puntuales del procedimiento guatemalteco de revisión tarifaria. También se le pide a este Tribunal que rehaga la revisión tarifaria como si éste fuera una agencia regulatoria nacional. Es claro que dichas actuaciones escapan totalmente a las funciones de un tribunal internacional*"[121].

59. El Tribunal observó como el derecho que debía aplicar era el Derecho guatemalteco, en lugar del derecho internacional:

> No puede la Demandante sostener válidamente que el derecho nacional de Guatemala debe tomarse como un hecho en la controversia que sometió al Tribunal. La Demandante planteó este proceso para que se resolviera una cuestión de "derecho", una serie de diferencias sobre normas del sistema jurídico guatemalteco respecto de las cuales existió, en su criterio, una interpretación equivocada por parte del órgano regulador y del sistema judicial guatemalteco, que ahora le pide a este Tribunal que revise[122].

60. En consecuencia, el tribunal denegó rotundamente que tuviera jurisdicción sobre tal controversia, pues de lo contrario "tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia"[123]. Nótese que en *Iberdrola* se aplicaba el estándar autónomo de trato justo y equitativo, que sujeta la conducta del Estado a un mayor escrutinio por parte de un tribunal internacional que el estándar mínimo internacional que se aplica en el caso presente. Aun así el tribunal dijo que no podía tener competencia en esta controversia:

> Para el Tribunal es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la

---

121 *Ibid*, párr. 370, citando el Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 2 y 3. (Subrayado añadido, cursiva en el original).

122 *Ibid*, párr. 365.

123 *Ibid*, párr. 354.

calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una sobre "cuestiones reguladas" por el Tratado. […]

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

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

Si la situación es la descrita en los párrafos anteriores y la interpretación del órgano regulador fue respaldada por los tribunales locales, para que este Tribunal pudiera resolver el presente proceso la Demandante tendría que haber

demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el Tratado[124].

61. Así pues, el tribunal aceptó sin dudarlo la posición de Guatemala de que la controversia es un mero desacuerdo regulatorio que no califica como reclamación bajo el Tratado. TGH puede perfectamente sostener una interpretación distinta del marco regulatorio respecto de la interpretación que hizo la CNEE, pero lo que no puede argumentar es que la CNEE no actuara igualmente sobre la base de su propia posición e interpretación del marco regulatorio, como es de su competencia. Este desacuerdo no puede automáticamente configurar un tratamiento injusto e inequitativo, y mucho menos contrario al estándar mínimo internacional que es el aplicable en este asunto, en violación de un tratado internacional por parte del Estado guatemalteco, por más calificativos altisonantes que se utilicen. Se trata en cambio de una ordinaria controversia entre regulador y regulado respecto a la cual el deber internacional del Estado es asegurar la disponibilidad de sus tribunales y que éstos resuelvan sin denegación de justicia. TGH no alega denegación de justicia, la única reclamación sobre la que este Tribunal tendría jurisdicción (y además el tribunal en *Iberdrola* fue claro que no hubo tal denegación de justicia en este caso)[125].

E. EL RESTO DE LA JURISPRUDENCIA CONFIRMA QUE LA RECLAMACIÓN DE TGH NO ES UNA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL VÁLIDA NI ADMISIBLE, Y QUE ESTE TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN

62. El laudo *Iberdrola* es el último eslabón de una larga lista de decisiones que han confirmado que las controversias de esta naturaleza no pueden dar lugar a violaciones de tratados de protección de inversiones (***TBIs***), salvo denegación de justicia. Si esto no fuera así, los tribunales internacionales se erigirían en cortes de apelación de tercera o cuarta instancia en materias de derecho regulatorio doméstico. Este no es el papel que juegan los tribunales bajo TBIs.

---

124 *Ibid*, párrs. 356, 367, 368, 371 (Énfasis añadido).

125 *Ibid*, párrs. 433-508.

63. TGH elige no abordar muchos de estos precedentes[126], y respecto de los que sí intenta discutir admite que su respuesta es "superficial"[127]. Se basa únicamente en alegar que los casos refieren a hechos distintos y que algunos involucraban algún tipo de contrato de concesión o de servicio público[128]. De este modo TGH intenta esquivar el principio claramente enunciado en dichos precedentes. Lo mismo intentó Iberdrola, pero el tribunal en dicho asunto no dudó en citarlos en su apoyo[129]. Si lo que quería TGH es un precedente idéntico, ya lo tiene en el laudo *Iberdrola*.

64. El precedente *Azinian c. México*[130] es por ejemplo directamente aplicable. En dicho caso, en una sección del laudo titulada "[v]alidez de la reclamación con arreglo al TLCAN"[131], el tribunal analizó si la reclamación calificaba como "una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en […] la Sección A" del TLCAN, sobre las protecciones sustantivas a la inversión, como requerido por el artículo 1116 del TLCAN. Es decir, el tribunal examinó si la disputa satisfacía el mismo criterio jurisdiccional que el Tratado contiene en el artículo 10.16.1(a)(i)(A). Además, el asunto no era una mera reclamación contractual, sino que los demandantes se quejaban de la actuación del Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez en México en un procedimiento administrativo de revisión del cumplimiento de una concesión relativa a la recolección y eliminación de basura, que terminó con la anulación de la concesión.

---

126 Por ejemplo, *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**.

127 Memorial de Réplica, párr. 247.

128 *Ibid.*

129 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párrs. 369-372 y 418-421.

130 *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs. 82-84, 87, 96-97, 99, 100.

131 *Ibid*, título de la Sección VI.

65. No cabe duda que el principio enunciado en *Azinian* es directamente aplicable, como confirmó el tribunal en *Iberdrola* diciendo que era una "línea de pensamiento, que este Tribunal comparte"[132]:

> Si la situación es la descrita en los párrafos anteriores y la interpretación del órgano regulador fue respaldada por los tribunales locales, para que este Tribunal pudiera resolver el presente proceso la Demandante tendría que haber demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el Tratado. Como lo señaló el laudo dictado en el caso *Azinian c. Mexico*:
>
> "*Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones … El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo… resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional*".
>
> […]
>
> Asimismo resulta relevante el caso de *Robert Azinian c México*, en el que el Tribunal resolvió que:
>
> *"…[u]na autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo*

132 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párr. 372.

> *al Capítulo Once [del Tratado de Libre Comercio de América del Norte]"*[133].

66. Del mismo modo, también es directamente aplicable el laudo en *Generation Ukraine c. Ucrania*, a pesar de que TGH diga que este caso concernía cuestiones regulatorias "menores"[134], lo que no es cierto visto que en dicho caso se había nada menos que impedido totalmente la continuación del proyecto del inversor, lo cual no ha sucedido en el caso presente. No hay dudas sobre la relevancia del laudo *Generation Ukraine* como confirma el laudo *Iberdrola*:

> En esa misma línea de pensamiento, que este Tribunal comparte, el Tribunal en el caso *Generation Ukraine c. Ucrania* - en el que se discutió sobre una reclamación bajo un TBI, en razón de actos regulatorios de la municipalidad de Kiev - señaló:
>
> "*…Este Tribunal no ejerce la función de un órgano administrativo de revisión [encargado de] asegurar que las agencias domésticas ejerzan sus tareas diligente, consciente o eficientemente. Esa función se encuentra dentro del dominio propio de las cortes y tribunales domésticos, que son conocedores de la minucia del régimen regulatorio aplicable […] la única posibilidad en este caso para que la serie de reclamaciones relativas a asuntos altamente técnicos del régimen de planeación ucraniano, se transformen en una violación del TBI, sería que a la Demandante se le hubiera denegado justicia ante las cortes ucranianas, en un intento por resolver estos asuntos técnicos de buena fe*"[135].

67. Respecto a *EnCana c. Ecuador*, TGH dice que es distinto pues se refería a cuestiones fiscales y el inversor continuó operando[136]. EEGSA también continúa operando

---

133 *Ibid*, párrs. 371 y 421, citando *Robert Azinian y otros. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2) Laudo, 1 de noviembre de 1999, **Anexo RL-2**, párrs. 83-84 y 97 (Subrayado añadido; cursiva en el original).

134 Memorial de Réplica, párrs. 279-280.

135 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párrs. 372 y 418 (énfasis en el original), citando *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9) Laudo, 16 de septiembre de 2003, adjunto como **Anexo RL-6**, párr. 20.33.

136 Memorial de Réplica, párr. 247.

perfectamente en la actualidad, y en cualquier caso nada de esto altera la claridad del principio enunciado por el tribunal distinguiendo una mera controversia regulatoria, a ser sometida a los tribunales locales, y una reclamación bajo un TBI:

> […] No obstante, existe una diferencia entre una actitud cuestionable adoptada por el Ejecutivo en relación a un asunto regido por la legislación local, y una determinación definitiva contraria a derecho. En lo que respecta al [tratado], el Ejecutivo está facultado para adoptar una posición en relación a las reclamaciones presentadas por los individuos, incluso si dicha posición resulta ilícita, siempre y cuando lo haga de buena fe y esté dispuesto a defender su posición ante los tribunales. Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia. […][137].

68. El principio fue enunciado también en *Saluka c. República Checa* que TGH omite analizar. Esta decisión es doblemente relevante porque el tribunal aplicó la regla del trato justo y equitativo, que es incluso menos deferente para el Estado que el estándar mínimo internacional que es el aplicable en este caso:

> […] The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State.
>
> As the tribunal in *ADF Group Inc.* has stated with regard to the "fair and equitable treatment" standard contained in Article 1105(1) NAFTA:
>
> something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements….
>
> Quite similarly, the *Loewen* tribunal stated in the same legal context that whether the conduct [of the host State] amounted to a breach of municipal law as well as international law is not

137 *EnCana Corporation c. República del Ecuador* (Caso LCIA No UN3481, Reglas CNUDMI) Laudo, 3 de febrero de 2006, **Anexo RL-9**, párr. 194.

> for us to determine. A NAFTA claim cannot be converted into an appeal against decisions of [the host State][138].

69. Sobre el asunto *ADF*, a que se refiere el tribunal en *Saluka* en esta cita, TGH dice que es irrelevante por referirse a hechos distintos[139], lo cual es obvio pero no reduce la relevancia del fallo, como así se evidencia del hecho de que sea citado por otros tribunales como el de *Saluka*.

70. Lo mismo ocurre con el laudo *Feldman c. México* en el que el tribunal, a pesar de la actuación poco razonable de las autoridades fiscales mexicanas, afirmó que la controversia no llegaba a constituir una violación del tratado puesto que era una cuestión de derecho interno en la que eran competentes y habían estado disponibles los tribunales locales:

> La posibilidad de recurrir a los tribunales y de iniciar procedimientos administrativos formales, según lo que consta en autos, siempre estuvieron a su alcance y no han sido impugnados en el presente procedimiento por ser inconsistentes con las obligaciones de México conforme al derecho internacional.
>
> […]
>
> Teniendo en cuenta, según lo señalado previamente, que el Demandante tuvo acceso irrestricto, en todos los momentos pertinentes, a los tribunales mexicanos y a los procedimientos administrativos, […] no parece haber existido denegación del debido proceso ni denegación de justicia que pudiera llegar en este caso al nivel de una violación del derecho internacional[140].

71. Contrariamente a lo que alega TGH[141], los laudos *ADF* y *Feldman* son relevantes precisamente porque los demandantes se quejaban del modo como las autoridades

---

138 *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párrs. 442-443.

139 *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190; Memorial de Réplica, párr. 247.

140 *Marvin Feldman c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1) Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, **Anexo RL-5**, párrs. 134, 140.

141 Memorial de Réplica, párr. 278.

habían aplicado una determinada regulación local, supuestamente afectando negativamente su negocio, como en el caso presente. Del mismo modo, el laudo *GAMI c. México* también es relevante precisamente porque el tribunal, como dice TGH[142], no se dejó confundir por alegaciones de la demandante sobre repudiación injustificada y arbitrariedad a causa de medidas regulatorias supuestamente violatorias del derecho mexicano. El tribunal dijo:

> GAMI has demonstrated clear instances of failures to implement important elements of Mexican regulations. It has adduced eminent evidence to the effect that the Mexican government is constitutionally required to give effect to its regulations. Claims of maladministration may be brought before the Mexican courts. Indeed as breaches of Mexican administrative law they could be brought nowhere else. […][143].

72. El tribunal en *GAMI* se basó en el laudo en el asunto *Waste Management c. México* (*Waste Management II*), que TGH intenta distinguir por versar sobre cuestiones contractuales[144]. El tribunal en *GAMI* no tuvo reparos en afirmar que aunque "*Waste Management II involved contractual undertakings between a governmental authority and the investor*", "*some elements of the analysis in Waste Management II are nevertheless instructive*" para un asunto regulatorio como era *GAMI*[145]. Por la misma razón el laudo *Waste Management II* es instructivo en este caso, en la medida que entendió que un incumplimiento de derecho local "is not to be equated with a violation of Article 1105 [estándar mínimo internacional]" si "some remedy is open to the [claimant] to address the problem", y si no se puede "discern in the decisions of the

142 Memorial de Réplica, párr. 247.

143 *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párr. 103.

144 Memorial de Réplica, párr. 277.

145 *GAMI Investments, Inc c. México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párr. 100.

[local] courts any denial of justice"[146]. Una reclamación de este tipo escapa del ámbito de competencia de un tribunal internacional:

> [T]he Tribunal would observe that it is not a further court of appeal, nor is Chapter 11 of NAFTA a novel form of *amparo* in respect of the decisions of the federal courts of NAFTA parties[147].

73. TGH también critica que Guatemala cite el laudo *Parkerings c. Lituania*, de nuevo por el carácter contractual de la controversia en dicho asunto. Sin embargo, el razonamiento del tribunal en *Parkerings* no se circunscribe a casos contractuales, y por ello fue por ejemplo citado con aprobación en el laudo *Iberdrola*[148]. Como se dijo en *Parkerings*:

> […][M]any tribunals have stated that not every breach of an agreement or of domestic law amounts to a violation of a treaty. For instance, in the *Saluka v. [Czech Republic]* case, the Tribunal stated:
>
> The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State. […] something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements […].
>
> […] In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary. This preliminary determination is even more necessary if the parties to the contract have agreed on a specific forum for all disputes arising out of the contract. For the avoidance of doubt, the requirement is not dependent upon the parties to the contract being the same as the parties to the arbitration.
>
> However, if the contracting-party is denied access to domestic courts, and thus denied opportunity to obtain redress of the

146 *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3) Laudo, 30 de abril de 2004, **Anexo CL-46**, párrs. 115, 130.

147 *Ibid*, párr. 129.

148 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párr. 420.

> injury and to complain about those contractual breaches, then an arbitral tribunal is in position, on the basis of the BIT, to decide whether this lack of remedies had consequences on the investment and thus whether a violation of international law occurred. In other words, as a general rule, a tribunal whose jurisdiction is based solely on a BIT will decide over the "treatment" that the alleged breach of contract has received in the domestic context, rather than over the existence of a breach as such[149].

74. TGH cita en sustento de su posición el laudo *Vivendi c. Argentina* (laudo *Vivendi II*) y la decisión del Comité de Anulación del CIADI en el caso *Helnan c. Egipto*[150]. Ninguna de estas decisiones apoya a TGH. En el laudo *Vivendi II* se rechazó el argumento de Argentina de que la alegación de violación del estándar de tratamiento justo y equitativo debiera circunscribirse a la denegación de justicia[151]. Esto sin embargo no contradice la posición de Guatemala. Hay escenarios en los que los que los estándares de trato de los TBIs pueden operar al margen de la denegación de justicia, pero el escenario que nos ocupa no es uno de ellos. En *Vivendi II*, por ejemplo, se trataba de actos del gobierno (y del parlamento) de Tucumán, durante varios años, que:

> [I]ndebidamente y sin justificación alguna montó una 'campaña' ilegítima contra la Concesión, el Contrato de Concesión y la empresa concesionaria 'extranjera' desde el momento en que entró en funciones, con miras a revertir la privatización[152].

75. Nada de esto ha existido en este caso. Cierto es que TGH intenta subir el tono de la disputa, con frases y apelativos llamativos, pero cuando se revisa la verdadera base de la reclamación surge con claridad que son diferencias de interpretación, entre el inversor y el regulador, sobre ciertos aspectos del proceso de revisión tarifaria que fueron sometidas a los tribunales locales. No hay ninguna prueba de ninguna campaña u orquestación política contra EEGSA.

---

149 *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 315-317. (Énfasis añadido).

150 Memorial de Réplica, párrs. 273, 280, 282.

151 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Laudo, 20 de agosto de 2007, **Anexo CL-18,** párr 7.4.10-7.4.11.

152 *Ibid*, párr. 7.4.19.

76. Del mismo modo, la decisión del Comité de anulación en *Helnan* no contradice a Guatemala. Una de las decisiones en *Helnan* fue que una decisión ministerial que había degradado la categoría de un hotel, y destruido de esta forma la inversión, no podía considerarse una violación del TBI. El Comité no anuló esta decisión sino solamente el siguiente párrafo del laudo:

> Helnan seeks annulment of the finding in paragraph 148 of the Award that:
>
> > The ministerial decision to downgrade the hotel, not challenged in the Egyptian administrative courts, cannot be seen as a breach of the Treaty by EGYPT. It needs more to become an international delict for which EGYPT would be held responsible under the Treaty[153].

77. El Comité entendio que este párrafo era incorrecto por haber impuesto "a requirement on the claimant to pursue local remedies before there can be said to have been a failure to provide fair and equitable treatment"[154]. La posición de Guatemala es consistente con esta decisión. No se plantea que cualquier medida del Estado deba ser recurrida localmente, como sugiere el párrafo del laudo *Helnan* citada arriba, para que se pueda configurar una reclamación internacional válida. La cuestión es que no puede existir una tal reclamación válida, cuando después de un cuidadoso análisis de la naturaleza de la reclamación, emerge que simplemente se pretenden plantear cuestiones regulatorias de derecho nacional, además ya analizadas y resueltas por los tribunales locales.

78. En conclusión, TGH es incapaz de construir una verdadera reclamación bajo el estándar mínimo internacional del Tratado, distinta de la controversia de derecho guatemalteco, y de la cuestión técnico-financiera relativa a qué VAD era el apropiado para EEGSA en el 2008, resuelta, como ya se indicó, por la Corte de Constitucionalidad. Siendo así, y teniendo en cuenta que el Tratado exige que la reclamación de TGH verse genuinamente sobre violaciones de las disposiciones sustantivas del Tratado (artículo 10.16.1.(a)(i)(A)

---

153 *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19) Decisión del Comité *ad hoc*, 14 de junio de 2010, **Anexo CL-62**, párr. 28.

154 *Ibid*, párr. 48.

del Tratado)[155], el Tribunal puede y debe analizar la base fundamental de dicha reclamación como cuestión de jurisdicción, y rechazarla por falta de jurisdicción aun sin entrar en el fondo.

IV. GUATEMALA NO HA VIOLADO EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL DE TRATO DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO

A. TGH PRETENDE IGNORAR QUE EL ESTÁNDAR APLICABLE ES EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

79. El Tribunal debe rechazar la reclamación de TGH por falta de jurisdicción, como ilustrado en lo que precede. Sin embargo, la reclamación tampoco tiene mérito alguno en el fondo. Para comenzar, TGH se obstina en ignorar que la protección sustantiva del artículo 10.5 del Tratado que invoca garantiza solo el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, y no el más exigente para el Estado de trato justo y equitativo desligado del derecho consuetudinario. TGH intenta equiparar los dos estándares como si no hubiera diferencia alguna[156]. Además, continúa apoyándose en laudos que aplican el estándar autónomo y no el estándar mínimo internacional, sin indicarlo[157]. Esto, de por sí, ya invalida el análisis jurídico de TGH.

80. El artículo 10.5 del Tratado es claro respecto al estándar de trato que los Estados parte al Tratado deben observar, que es el nivel mínimo del derecho internacional y nada más:

(i) Se titula "Nivel Mínimo de Trato";

(ii) En el párrafo 1, dice que se trata del "trato acorde con el derecho internacional consuetudinario";

---

155 Nótese que el TBI aplicable en *Helnan*, el TBI Dinamarca-Egipto, no contiene dicho requisito, sino que permite el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia "in connection with an investment", como observó el Comité *ad hoc* en el párrafo 42 de la decisión. *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19) Decisión del Comité *ad hoc*, 14 de junio de 2010, **Anexo CL-62**, párr. 42.

156 Memorial de Réplica, párrs. 231-237.

157 *Ibid*, párrs. 238-244, 254-260.

(iii) En el párrafo 3, reitera que "el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato";

(iv) El mismo párrafo 3 confirma que "[l]os conceptos de trato justo y equitativo […] no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales";

(v) El Anexo 10-B del CAFTA-RD aclara que "el 'derecho internacional consuetudinario' referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, […] resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal".

81. En vez de analizar estas disposiciones, y admitir que el estándar del Tratado es el nivel mínimo de trato, menos exigente para el Estado, TGH se dedica a intentar desdibujar la diferencia entre éste y el estándar autónomo de trato justo y equitativo. Por ejemplo, TGH hace referencia a una pretendida evolución del primero hacia el segundo, de modo que hoy ambos serían prácticamente lo mismo[158].

82. Es de destacar que el Tratado no es un tratado antiguo, de hace 20, 30 o 40 años, sino que fue firmado en el 2004 y entró en vigor, para Estados Unidos y Guatemala, a mediados del 2006. En aquel momento, el debate entre el contenido del estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional, su supuesta evolución y el trato justo y equitativo estaban plenamente vigentes. Por lo tanto, la elección del estándar mínimo en el Tratado fue una decisión consciente y deliberada de los Estados parte al Tratado, y no casual ni irrelevante como TGH parece querer hacer creer. Las partes quisieron acordarse mayor deferencia y menor escrutinio por parte de un tribunal internacional. Como explicó el tribunal en los casos de *Suez y otros c. Argentina*:

> [T]he Tribunal is of course bound by the specific language of each of the applicable BITs. With respect to the Argentina-France BIT, it is to be noted that the text of the treaty refers simply to "the principles of international law," not to "the

158 *Ibid*, párrs. 231-237.

> minimum standard under customary international law." The formulation "minimum standard under customary international law" or simply "minimum international standard" is so well known and so well established in international law that one can assume that if France and Argentina had intended to limit the content of fair and equitable treatment to the minimum international standard they would have used that formulation specifically.
>
> […] The Tribunal therefore rejects the Respondent's argument that the content of the fair and equitable treatment standard in the Argentina-France BIT is limited to the international minimum standard[159].

83. Esta intención de limitar el contenido del tratamiento justo y equitativo al estándar mínimo internacional, a la que hace referencia el tribunal en *Suez*, sí está presente en el Tratado en modo expreso y manifiesto. Nótese como el texto del artículo 10.5 coincide con el del artículo sobre el nivel mínimo de trato del TBI modelo de los Estados Unidos de 2004[160]. Como es sabido, con dicho texto los Estados Unidos buscaron restringir la protección garantizada a la vista de las interpretaciones jurisprudenciales expansivas del estándar de trato justo y equitativo, sobretodo en el ámbito del TLCAN. Por lo tanto, debe darse pleno efecto a la limitación de la garantía de trato justo y equitativo querida por el Tratado.

84. En el asunto *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, relativo a este mismo Tratado, el Gobierno de los Estados Unidos hizo la siguiente comunicación como parte no contendiente, sobre la interpretación del artículo 10.5:

> These provisions demonstrate the CAFTA-DR Parties' express intent to incorporate the minimum standard of treatment required by customary international law as the standard for treatment in CAFTA-DR Article 10.5. Furthermore, they express an intent to guide the interpretation of that Article by the Parties' understanding of customary international law, *i.e.*,

---

159 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19) y *AWG Group c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-16**, párrs 184-185; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párrs. 177-178.

160 TBI modelo de los Estados Unidos de 2004, **Anexo RL-19**, art. 5.

> the law that develops from the practice and *opinio juris* of States themselves, rather than by interpretations of similar but differently worded treaty provisions. The burden is on the claimant to establish the existence and applicability of a relevant obligation under customary international law that meets these requirements[161].

85. Por lo tanto, como dice el Gobierno de los Estados Unidos, TGH debe demostrar cuál es el contenido del estándar mínimo internacional en base a la "práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal" como exige el texto del Tratado. TGH no solo no hace esto, sino que ignora dicha práctica y *opinio juris* de los Estados parte al Tratado. Estos Estados consideran el estándar mínimo como distinto y menos exigente para el Estado que el de trato justo y equitativo, como queda claro de las comunicaciones que El Salvador y Honduras hicieron también en el asunto *Railroad Development Corporation* y de la posición del Gobierno de los Estados Unidos en *Glamis Gold*. Además, consideran que la doctrina de las llamadas "expectativas legítimas" no es aplicable en el contexto del estándar mínimo, y que el estándar es infringido únicamente en caso de arbitrariedad manifiesta, medidas claramente injustas y denegación de justicia[162].

86. TGH pretende escapar a la carga de la prueba que exige textualmente el Tratado, y a la que hace referencia el propio Gobierno de los Estados Unidos en la cita arriba, aludiendo sin mayor precisión a una evolución del estándar mínimo[163]. TGH se olvida que a pesar de esta evolución, el estándar mínimo sigue siendo distinto y menos exigente para el Estado que el estándar autónomo de trato justo y equitativo. El nuevo estudio de UNCTAD sobre el estándar de trato justo y equitativo, después de un detallado análisis de la jurisprudencia, observa:

---

161 *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23) Presentación de los Estados Unidos de América, 31 de enero de 2012, **Anexo RL-29**, párr. 3.

162 *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23) Presentación de El Salvador bajo el Artículo 10.20.2 del CAFTA-RD, enero de 2012, **Anexo RL-28**; *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/07/23) Presentación de Honduras bajo el Artículo 10.20.2 del CAFTA-RD, enero de 2012, **Anexo RL-27**; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de America*, Contestación de los Estados Unidos, 19 de septiembre de 2006, **Anexo RL-20,** págs 227-235; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, Dúplica de los Estados Unidos, 15 de marzo de 2007, **Anexo RL-21,** págs. 178-185.

163 Memorial de Réplica, párrs. 234-235.

> A high threshold has been emphasized in the context of application of the minimum standard of treatment under customary international law. The classic early tests of the MST required a violation to be "egregious" or "shocking" from the international perspective. Even though the world has moved on, and the understanding of what can be considered egregious or shocking has changed, these terms still convey a message that only very serious instances of unfair conduct can be held in breach of the MST.
>
> […]
>
> A second approach, using a somewhat lower threshold, has been taken by tribunals applying an unqualified FET standard (the one not linked to the customary law MST). These tribunals have – albeit to a lesser extent – also tended to express a significant degree of deference for the conduct of sovereign States[164].

87. Además, en sus recomendaciones a los Estados de como redactar una cláusula de trato justo y equitativo, UNCTAD explica:

> A reference to the MST [minimum standard of treatment] assumes that tribunals examining FET claims will hold the claimant to this demanding standard. […] [T]he main feature of this approach remains a high liability threshold that outlaws only the very serious breaches[165].

88. Por lo tanto, es evidente que, más allá de la alegada evolución del estándar mínimo internacional, como afirmado en el Memorial de Contestación el estándar es menos exigente para los Estados que el trato justo y equitativo, y es infringido solo en caso de conductas particularmente graves y serias[166].

---

164 United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012, **Anexo RL-26,** págs. 86-87 (Énfasis añadido).

165 *Ibid*, págs. 105-106.

166 Memorial de Contestación, párrs. 464-467.

89. Esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia[167]. Por ejemplo, el tribunal en *Thunderbird c. México* afirmó:

> Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as *Neer* Claim in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards[168].

90. El requisito de la gravedad ha sido aplicado aun más recientemente por otros tribunales, como en el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*:

> [T]o violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking – a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons – so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)[169].

91. TGH acusa a Guatemala de invocar el laudo *Glamis Gold* para "minimizar la importancia de la arbitrariedad"[170]. Nada más lejos de la realidad. La cuestión es qué constituye arbitrariedad de acuerdo con el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario. Lo que dicen los laudos *Glamis Gold* y *Thunderbird*, y la posición de

---

167 *Ver*, por ejemplo, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB[AF]/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 296; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617; *Genin y otros. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párrs. 365, 367.

168 *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párr. 194 (Énfasis añadido).

169 *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 616-617.

170 Memorial de Réplica, párr. 236.

Guatemala, es que en la costumbre internacional la arbitrariedad existe solo si es manifiesta, es decir en caso de conducta claramente injusta, medidas ostensible o palmariamente adoptadas sin base jurídica o proceso legal alguno. Por el contrario, no consituyen arbitrariedades las posibles irregularidades o medidas ilícitas de un órgano regulador, y mucho menos cuando la posición del regulador es fundamentada, por más que un inversor pueda disentir e incluso demostrar que dicha posición fuera equivocada (nada de lo cual ha ocurrido en este asunto de todas formas).

92. En apoyo de su tesis, TGH invoca nada más que un laudo, el del caso *Merrill & Ring c. Canadá*[171], que sin embargo el estudio UNCTAD desmiente como sigue:

> The *Merrill & Ring* tribunal failed to give cogent reasons for its conclusion that the MST made such a leap in its evolution, and by doing so has deprived the 2001 NAFTA Interpretative Statement of any practical effect[172].

93. Por tanto, el estándar mínimo internacional es una garantía más limitada y circunscrita que el estándar autónomo de trato justo y equitativo. Como dijo el tribunal en *Saluka c. República Checa* :

> [T]he minimum standard of "fair and equitable treatment" may in fact provide no more than "minimal" protection. Consequently, in order to violate that standard, States' conduct may have to display a relatively higher degree of inappropriateness.
>
> […] [I]nvestors' protection by the "fair and equitable treatment" standard is meant to be a guarantee providing a positive incentive for foreign investors. Consequently, in order to violate the standard, it may be sufficient that States' conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness[173].

---

171 Memorial de Réplica, párr 234.

172 United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012, **Anexo RL-26**, pág. 57.

173 *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párrs. 292-293.

94. El contenido del estándar mínimo internacional fue identificado como sigue por el tribunal en *Cargill c. México*:

> Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos […][174].

95. En síntesis, de acuerdo con el texto del Tratado, y la intención, la práctica y la *opinio juris* de los Estados parte al mismo, así como la jurisprudencia, el estándar mínimo internacional es distinto del trato justo y equitativo. Es más deferente hacia el Estado y censura solo conductas particularmente graves y serias. Asimismo, la doctrina de las expectativas legítimas no encuentra aplicación en el contexto del estándar mínimo. Estas diferencias respecto al estándar autónomo de trato justo y equitativo son fundamentales para la correcta aplicación práctica del estándar mínimo. Al ignorarlo, el análisis de TGH se encuentra fundamentalmente viciado.

B. EL ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL NO PROTEGE CONTRA CONDUCTAS MERAMENTE REGULATORIAS SUPUESTAMENTE CONTRARIAS AL DERECHO INTERNO, QUE ES LO QUE TGH PLANTEA

1. El estándar mínimo internacional no protege contra conductas meramente regulatorias

96. Como ya mencionado anteriormente[175], TGH se apoya en jurisprudencia que no aplica el estándar mínimo internacional sino el estándar autónomo de trato justo y equitativo. Se trata de, por lo menos, trece laudos invocados por TGH: *CMS c. Argentina*, *LG&E c. Argentina*, *BG Group c. Argentina*, *CME c. República Checa*, *PSEG c. Turquía*, *Biwater Gauff c. Tanzania*, *ADC c. Hungría*, *Total c. Argentina*, *ATA Construction c. Jordania*, *Duke Energy c. Ecuador*, *Suez c. Argentina*, *National Grid c. Argentina*, y *Sempra c.*

---

174 *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB[AF]/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr 296.

175 Ver párr. 79 arriba.

Argentina[176]. Sin perjuicio de que estos laudos ni siquiera dan razón a TGH, como ya se ha expuesto y veremos de nuevo más abajo[177], el hecho de que TGH recurra a ellos, sin revelar que en ninguno se aplicó el estándar mínimo, es sintomático de lo infundado de su posición. Si lo que TGH sugiere es que estos laudos pueden ser relevantes porque en alguno de ellos la norma de trato justo y equitativo hacía referencia a los "principios del derecho internacional", su posición queda doblemente desmentida por las mismas decisiones que TGH cita, por ejemplo la de *Vivendi II*:

> El Artículo 3 se refiere al tratamiento justo y equitativo *conforme a* los principios del derecho internacional, y no a la norma mínima de trato. […] El Tribunal no encuentra fundamento para equiparar los principios del derecho internacional a la norma mínima de trato. Primero, la referencia a los principios del derecho internacional respalda una interpretación más amplia que implica considerar un margen de principios de derecho internacional más amplios que tan sólo la norma mínima[178].

---

176 Memorial de Réplica, párrs 238-274. Las disposiciones sobre trato justo y equitativo de los tratados aplicables en dichos casos son citadas en los propios laudos: *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 275- 277; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**; *BG Group Plc. c. República Argentina* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, **Anexo CL-9**, párrs. 174, 307, 309-310; *CME Czech Republic B.V. c. Republica Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 13 de septiembre 2001, **Anexo CL-16**, párr 24; *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5) Laudo, 19 de enero de 2007, **Anexo CL-37**, párr 222; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22) Laudo, 24 de julio de 2008, **Anexo CL-10**, párr. 522; *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/03/16) Laudo, 2 de octubre de 2006, **Anexo CL-3**, párr 295; *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1) Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, **Anexo CL-70**, párr. 125; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hashemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/08/2) Laudo, 18 de mayo de 2010, **Anexo CL-58**; *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19) Laudo, 18 de agosto de 2008, **Anexo CL-19**, párr. 313; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párrs. 174-176; *National Grid P.L.C. c. República Argentina* (CNUDMI) Laudo, 3 de noviembre de 2008, **Anexo CL-33**, párr. 170.

177 Memorial de Contestación, párrs 507-508, 569-575; ver párrs. 102, 103, 207-209 abajo.

178 *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Laudo, 20 de agosto de 2007, **Anexo CL-18**, párrs. 7.4.6-7.4.7 (Énfasis añadido). *Ver también Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1) Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, **Anexo CL-70**, párrs. 125, 127.

97. Guatemala sí ha citado precedentes relevantes relativos al estándar mínimo internacional[179]. Estos demuestran que el estándar mínimo no es infringido por supuestas irregularidades regulatorias que esencialmente plantean una disputa sobre la interpretación y aplicación de un marco regulatorio de derecho nacional. En estas circunstancias, el estándar otorga un amplio margen de apreciación al Estado. A continuación, Guatemala resume la jurisprudencia ya citada:

(i) *SD Myers c. Canadá*. Se alegaba que Canadá había violado el estándar mínimo al haber limitado el transporte de sustancias peligrosas para la salud del medio ambiente, y ello había dañado el negocio de tratamiento de residuos del demandante:

> When interpreting and applying the "minimum standard", a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections.
>
> [...]
>
> The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders[180].

179 Memorial de Contestación, párrs. 468-486.

180 *SD Myers Inc c. Canadá* (Caso CNUDMI) Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre del 2000, **Anexo CL-41**, párrs. 261, 263 (Énfasis añadido).

(ii) *Thunderbird c. México.* Se alegaba violación del estándar mínimo por la prohibición, presuntamente ilegítima, que había impuesto el Gobierno (la Secretaría de Gobernación, o SEGOB) a los juegos de apuestas que quería comercializar la subsidiaria local del inversor:

> In the present case, the Tribunal is not convinced that Thunderbird has demonstrated that Mexico's conduct violated the minimum standard of treatment, for the following reasons.
>
> […]
>
> The Tribunal does not exclude that the SEGOB proceedings may have been affected by certain irregularities. Rather, the Tribunal cannot find on the record any administrative irregularities that were grave enough to shock a sense of judicial propriety and thus give rise to a breach of the minimum standard of treatment. […] [I]t does not attain the minimum level of gravity required under Article 1105 of the Nafta under the circumstances[181].

(iii) *GAMI c. México.* Se alegaba violación del estándar mínimo porque las autoridades mexicanas habrían aplicado en modo supuestamente ilegal una regulación interna sobre la producción de azúcar de caña.

> GAMI has demonstrated clear instances of failures to implement important elements of Mexican regulations. It has adduced eminent evidence to the effect that the Mexican government is constitutionally required to give effect to its regulations. Claims of maladministration may be brought before the Mexican courts. Indeed as breaches of Mexican administrative law they could be brought nowhere else[182].

(iv) *ADF c. Estados Unidos.* Se alegaba violación del estándar mínimo porque supuestamente una autoridad pública había aplicado incorrectamente la regulación de los Estados Unidos de América relativa a un proyecto de construcción de una carretera:

---

181 *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CNUDMI) Laudo, 26 de enero de 2006, **Anexo CL-25**, párrs. 195, 200 (Énfasis añadido).

182 *GAMI Investments, Inc c. Estados Unidos de México* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, **Anexo RL-7**, párr. 103.

> [E]ven if the U.S. measures were somehow shown or admitted to be *ultra vires* under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1). An unauthorized or *ultra vires* act of a governmental entity of course remains, in international law, the act of the State of which the acting entity is part, if that entity acted in its official capacity. But something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1), even under the Investor's view of that Article. That "something more" has not been shown by the Investor[183].

(v) *Genin c. Estonia*. Se alegaba violación del estándar mínimo por la presunta conducta ilegítima del banco central como regulador de los servicios financieros:

> [W]hile the Central Bank's decision to revoke the EIB's licence invites criticism, it does not rise to the level of a violation of any provision of the BIT.
>
> […]
>
> Article II(3)(a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a "fair and equitable" way. […] Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith. […][184].

98. Es decir, una decisión de un órgano regulador, aunque pueda ser objeto de crítica, o sea incluso ilegal desde el punto de vista del derecho interno (lo cual aquí no ha sucedido) no por ello viola el estándar mínimo internacional. Para ello se exige más. Se requiere que haya habido acciones gubernamentales ampliamente insuficientes respecto de los estándares internacionales, y en concreto que los remedios internos no hayan estado disponibles o se haya denegado justicia. Como dijo el tribunal en *Glamis Gold*, sintetizando la cuestión en modo claro:

---

183 *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB[AF]/00/1) Laudo, 9 de enero de 2003, **Anexo CL-4**, párr. 190.

184 *Genin y otros. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párrs. 365 y 367.(Énfasis añadido).

> [T]he Tribunal first notes that it is not for an international tribunal to delve into the details of and justifications for domestic law. If Claimant, or any other party, believed that [the] interpretation of [the civil servant of] the undue impairment standard was indeed incorrect, the proper venue for its challenge was domestic court.
>
> […]
>
> It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency[185].

99. También el laudo *Cargill c. México* enfatiza esta cuestión, al afirmar que una medida incumple el estándar mínimo "si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos"[186].

100. Aun si se aplicara el estándar autónomo de trato justo y equitativo (que no se aplica en el presente caso), éste no censura conductas pretendidamente ilícitas de un regulador, tal como los siguientes casos decididos bajo el estándar autónomo lo demuestran:

(i) En *Saluka c. República Checa*, asunto relativo a medidas regulatorias supuestamente ilegales tomadas por el regulador del sector de servicios financieros de la República Checa, el tribunal rechazó la alegación de tratamiento injusto e inequitativo como sigue:

> The Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State[187].

---

185 *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, **Anexo CL-23**, párrs. 762, 779.

186 *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, **Anexo CL-12**, párr. 269.

187 *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **Anexo CL-42**, párr 442.

(ii) En *Parkerings c. Lituania*, donde el demandante reclamaba que una municipalidad se había comportado irregularmente en relación a la verificación del cumplimiento y posterior terminación de un contrato administrativo, el tribunal rechazó que ello constituyera violación del estándar de tratamiento justo y equitativo:

> Fair and equitable treatment is denied when the investor is treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment is unacceptable from an international law point of view. Indeed, many tribunals have stated that not every breach of an agreement or of domestic law amounts to a violation of a treaty. […] In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary[188].

(iii) En *MTD c. Chile*, en el que la alegación era sobre la interpretación equivocada y por lo tanto ilegítima por parte de la autoridades de Chile de la legislación urbanística, el tribunal falló como sigue en relación al trato justo y equitativo:

> [N]or should the vagueness inherent in such treaty standards as 'fair and equitable treatment' allow international tribunals to second–guess planning decisions duly made (as the decisions here were made) in accordance with that law[189].

101. En vez de analizar esta jurisprudencia en profundidad, TGH responde en manera "superficial", como ella misma admite[190], diciendo que los hechos en estos casos eran distintos[191], como si esto bastara para restar relevancia al claro principio enunciado. TGH no puede negar que la jurisprudencia no considera violatorio del estándar mínimo internacional que un órgano o ente del Estado pueda haber cometido acciones ilegales desde el punto de vista de su derecho interno, se haya equivocado en interpretar o aplicar la regulación, tomado decisiones controvertidas, realizado errores de juicio, o adoptado

---

188 *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 14 de agosto de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 315-316.

189 *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7) Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, **Anexo RL-22**, párr. 107.

190 Memorial de Réplica, párr. 247.

191 Ver Sección III.E.

medidas mal informadas o desencaminadas, cuando el inversor agraviado haya tenido acceso a los remedios previstos localmente para tales supuestas irregularidades. Nada de esto ha ocurrido en este caso, pero lo relevante aquí es que aunque hubiera ocurrido, tampoco se configuraría ni siquiera una violación del estándar más exigente para el Estado del trato justo y equitativo como ilustra el laudo *Iberdrola*:

> No basta […] que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE […] para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo […][192].

102. TGH cita precedentes que, al margen de no aplicar el estándar mínimo, tampoco apoyan su tesis. Se citan por ejemplo los asuntos *Sempra c. Argentina*, *LG&E c. Argentina*, *National Grid c. Argentina*, *BG c. Argentina*, *Total c. Argentina* y los dos laudos de *Suez y otros c. Argentina*[193]. Como ya se dijo en el Memorial de Contestación[194], estos asuntos nada tienen que ver con el caso que nos ocupa. En estos asuntos se planteaba la compatibilidad con el TBI aplicable de medidas legislativas de emergencia de Argentina que desmantelaron completamente el régimen tarifario en los servicios públicos. Lo que Argentina hizo fue cambiar unilateralmente y por completo el marco regulatorio en materia tarifaria, imponer un congelamiento tarifario indefinido, negar todo ajuste de tarifas por inflación o devaluación, y forzar la renegociación de todos los contratos de concesión y las licencias. La diferencia con este caso es abismal y prueba precisamente lo contrario de lo que alega TGH. No hay violación en casos, como el presente, de una mera controversia sobre cómo debía de interpretarse o aplicarse ésta o aquella disposición de los procesos de revisión tarifaria. Sí la hubo en los asuntos argentinos sobre la emergencia, porque en ellos se cancelaban sin más y por ley todos los procesos de revisión y con ello todo el régimen tarifario.

---

192 *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-32**, párr. 368.

193 Memorial de Réplica, párrs. 255, 259, 263, 265, 266, 270, 271.

194 Memorial de Contestación, párrs. 568-575.

103. TGH también cita otros casos que conciernen trato justo y equitativo, y no el estándar mínimo, fuera de lugar. Por ejemplo en *ATA Construction c. Jordania*[195] la medida violatoria del estándar de trato justo y equitativo había sido una reforma de la ley de arbitraje de Jordania que extinguió el derecho del inversor de someter al arbitraje sus controversias con la otra parte[196]. En *CME c. República Checa*[197], otro caso relativo al trato justo y equitativo y no al estándar mínimo, la violación radicó en los cambios legislativos fundamentales que convirtieron en ilegal el contrato entre el inversor extranjero y su socio local, de modo que el contrato debió ser rescindido. En *PSEG c. Turquía*[198], de nuevo sobre el trato justo y equitativo y no el estándar mínimo, la violación se produjo a causa del "'roller-coaster' effect of the continuing legislative changes" y porque "the law kept changing continuously and endlessly" y además "the Constitutional Court decision upholding the rights acquired under a contract, [...] was simply ignored by MENR [el ministerio] in its dealings with the Claimants"[199], llevando a la cancelación del proyecto. El caso presente es totalmente distinto a todos estos.

104. TGH puede disfrazar los hechos como quiera, pero lo que no puede hacer es cambiarlos. Y por tanto, no puede probar, porque no ha existido, una cancelación de derechos por ley, ni continuos cambios legislativos, ni desacato a decisiones de la Corte de Constitucionalidad. Todo lo contrario, la queja de TGH radica en que la CNEE haya hecho respetar y cumplir el marco regulatorio, y no haya cedido a las modificaciones que pretendían imponerle EEGSA y sus accionistas Iberdrola y TGH. Y ya hemos referido a cuáles eran las herramientas que consideraban utilizar TGH y sus socios con tal fin: por ejemplo, para impugnar la reforma del artículo 98 del Reglamento el camino elegido era "la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo

---

195 Memorial de Réplica, párrs. 243-244.

196 *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hashemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/08/2) Laudo, 18 de mayo de 2010, **Anexo CL-58**, párrs. 124, 126.

197 Memorial de Réplica, párrs. 238, 248, 274.

198 *Ibid*, párrs. 238, 275.

199 *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5) Laudo, 19 de enero de 2007, **Anexo CL-37**, párrs. 249, 250, 254.

favorable[200]". Es claro entonces que quien pretendía desatender el marco regulatorio y las decisiones de la Corte de Constitucionalidad era TGH, no la CNEE.

2. Las quejas de TGH se refieren a meros desacuerdos relativos a la interpretación y aplicación del derecho guatemalteco en los que además TGH no tiene razón

105. Para dar algún viso de credibilidad a su reclamación TGH etiqueta su queja sobre el modo en que la CNEE entendió y aplico el marco regulatorio como "la plena derogación de las premisas básicas del marco legal y regulatorio"[201]. El siguiente pasaje del Memorial de Réplica es muy revelador:

> [E]l reclamo de trato justo y equitativo planteado por la Demandante no surge de una mera diferencia de opinión con la CNEE en lo que respecta a la interpretación de la legislación guatemalteca, ni de simples 'irregularidades regulatorias' en el 'trato ordinario' de EEGSA con la CNEE. En realidad, el reclamo de la Demandante deriva del atropello calculado y deliberado de Guatemala de elementos fundamentales del marco legal y regulatorio[202].

106. Se trata de una maniobra cosmética. Los hechos denotan a lo sumo un descuerdo sobre el alcance de la regulación, pero para que parezcan algo más TGH los maquilla, llamándolos "atropello calculado y deliberado de Guatemala de elementos fundamentales del marco legal y regulatorio". El siguiente pasaje también es sintomático:

> [E]n este caso, la CNEE desconoció abiertamente aspectos críticos del marco legal y regulatorio en virtud del cual la Demandante realizó su inversión; primero, al abolir las premisas básicas de la LGE y el RLGE en lo referido al cálculo del VAD del distribuidor y al procedimiento establecido para la resolución de controversias en torno a dicho VAD, y luego, al imponer de manera unilateral un VAD

---

200 Presentación de la Administración de DECA II 2009, **Anexo R-107**, 14 de enero de 2010 (lámina "Corte de Constitucionalidad – Vad") (Énfasis añadido).

201 Memorial de Réplica, párr. 244. *Ver también* párr 238.

202 *Ibid* párr. 230.

> artificialmente bajo que privaba a los inversores de EEGSA de una tasa de retorno dentro del rango previsto por la LGE[203].

107. De un lado están los calificativos, como el que "la CNEE desconoció abiertamente aspectos críticos del marco legal y regulatorio […] primero al abolir las premisas básicas […] y luego, al imponer de manera unilateral […]". De otro lado están los verdaderos temas que se discuten:

a. Facultades y responsabilidades de la CNEE y del distribuidor en materia tarifaria y de aprobación del VAD, incluyendo la reforma del artículo 98 del Reglamento, según TGH las "premisas básicas de la LGE y el RLGE en lo referido al cálculo del VAD del distribuidor" en el párrafo del Memorial de Réplica citado arriba;

b. Carácter vinculante o no del informe de la Comisión Pericial, y alcance de las funciones de dicha Comisión, es decir si le correspondía a ésta aprobar el estudio tarifario, a lo que TGH se refiere arriba como el "procedimiento establecido para la resolución de controversias en torno a dicho VAD";

c. Facultades y responsabilidades de la CNEE para rechazar el estudio Bates White y aprobar el estudio de Sigla, es decir, según TGH la conducta de la CNEE de "imponer de manera unilateral un VAD";

d. Cuestiones técnico-financieras relativas al VAD finalmente aprobado por la CNEE, esto es, en palabras de TGH, la queja por "un VAD artificialmente bajo que privaba a los inversores de EEGSA de una tasa de retorno dentro del rango previsto por la LGE".

108. Es evidente que todos estos temas son regulatorios, se refieren al modo como la CNEE interpretó y aplicó aspectos puntuales del marco regulatorio. Utilizando las palabras del tribunal en *Iberdrola*:

> [M]ás allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al

203 *Ibid*, párr. 246.

> Tribunal que resuelva, se refieren […] [a] la forma en la que debían interpretarse determinadas disposiciones del derecho guatemalteco, y particularmente, las disposiciones de la LGE y el RLGE […] y en las diferencias técnicas y financieras que existieron para el cálculo del VAD y sus componentes[204].

109. TGH no tiene razón en estos temas, pero aunque tuviera, no habría para nada demostrado una violación del estándar mínimo internacional. Como claramente explica el laudo *Iberdrola*: "No basta […] que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE […] para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo […]"[205].

110. En cualquier caso, a continuación se analizan con más detalle los temas que plantea TGH y se demuestra una vez más que no son más que desacuerdos regulatorios, en los que la CNEE como regulador tenía no solo el derecho sino la obligación de tomar una posición, lo que lo hizo según su mejor saber y entender, en modo fundado y bajo el escrutinio de los tribunales de Guatemala. Por lo tanto, no puede haber habido, ni siquiera hipotéticamente, ninguna violación del estándar mínimo.

a. Facultades y responsabilidades de la CNEE en materia tarifaria y de aprobación del VAD

111. La queja de TGH comienza con la alegación de que las facultades de la CNEE en materia tarifaria, y en concreto respecto de la determinación del VAD como componente de la tarifa, son limitadas, y habrían sido alteradas en detrimento de los derechos de los distribuidores con la reforma del artículo 98 del Reglamento en marzo de 2007[206]. Luego, sin embargo, se contradice puesto que alega que la CNEE "invocó arbitrariamente la versión modificada del artículo 98 del RLGE"[207]. Es decir el reproche

---

204 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**, párrs. 351-352.

205 *Ibid*, párr. 368.

206 Memorial de Réplica, párrs. 30-36, 91-100 y 245; Acuerdo Gubernativo 68-2007, 2 de marzo de 2007, **Anexo R-35**.

207 Memorial de Réplica, párr. 117.

no es a la reforma en sí, sino al modo como la CNEE interpretó y aplicó el artículo 98 del Reglamento.

112. Para aclarar los errores de TGH en la interpretación de la regulación, es preciso situar estas cuestiones en el marco de, utilizando palabras de TGH, las "premisas básicas de la LGE y el RLGE en lo referido al cálculo del VAD del distribuidor"[208]. Nótese que curiosamente, a pesar del énfasis de TGH sobre las "premisas básicas" del marco regulatorio, en su Memorial de Demanda nunca se refirió a las disposiciones fundamentales que se citan abajo. Al parecer TGH las descubrió en el Memorial de Réplica después de haber leído el Memorial de Contestación de Guatemala. En cambio TGH se basa en dos escuetas disposiciones de la LGE, los artículos 74 y 75, que convertirían a la CNEE en mero "supervisor" en la determinación del VAD y otorgarían la facultad de decisión a la Comisión Pericial[209].

113. Para llegar a esta conclusión, TGH no solo tiene que malinterpretar estas disposiciones, como veremos más abajo, sino también ignorar el resto, prácticamente la totalidad, de la LGE y su Reglamento. En primer lugar, la LGE y el Reglamento establecen que es la CNEE la responsable de cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio[210]:

> LGE artículo 4:
>
> Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico del Ministerio. La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones y de las siguientes funciones:
>
> a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos […]
>
> Reglamento artículo 3.- Responsables de su Aplicación
>
> El Ministerio de Energía y Minas es el órgano del Estado responsable de aplicar la Ley General de Electricidad y el presente Reglamento, a través […] de la [CNEE] […]

208 *Ibid*, párr. 246.

209 *Ibid*, párrs. 28-51.

210 LGE, **Anexo R-8**; Reglamento, **Anexo R-36**; Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 22, 25, 29.

114. Esta responsabilidad incluye naturalmente la de definir las tarifas de distribución eléctrica. Como dice el artículo 4(c) de la LGE, la CNEE tiene la función de[211]:

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

115. Como se puede observar en esta disposición, la CNEE también decide sobre "la metodología para el cálculo de las [tarifas]", cuestión primordial puesto que de ello dependen los montos de los VADs y de las tarifas que después se aprueben[212]. Esto se reitera por ejemplo en el artículo 77 de la LGE ("la metodología para la determinación de tarifas será revisada por la Comisión cada […] (5) años") y en el artículo 74 ("los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión"). Es decir, desde el comienzo de la revisión tarifaria es la CNEE la que decide; en esta fase decide respecto a cómo se deben calcular los VADs y las tarifas.

116. Las tarifas incluyen, como componente esencial, el VAD, que refleja los costos propios de la actividad de distribución que el distribuidor tiene derecho a recuperar a través de la tarifa. Los criterios técnicos y financieros que debe satisfacer el VAD se encuentran definidos en los siguientes artículos de la LGE[213]: artículo 60 ("costos estándares de distribución de empresas eficientes"), artículo 67 (concepto de VNR para el calculo del VAD); artículo 71 (concepto de VAD); artículo 72 ("componentes básicas" que "deberá contemplar el VAD"); artículo 73 (criterios para calcular el costo de capital como elemento básico del VAD). También en el Reglamento[214]: artículo 82 (costos se incluyen en los "costos de suministro", es decir distribución); artículo 83 (costos no incluidos); artículo 85 (proyección de los costos de distribución para el periodo de cinco años de vigencia de las tarifas); artículo 90 (cálculo del factor de pérdidas de energía, que es un componente del VAD); artículo 91 (que resume el concepto de VAD).

---

211 LGE, **Anexo R-8**; Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 18, 25.

212 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 25, 26.

213 LGE, **Anexo R-8**.

214 Reglamento, **Anexo R-36**.

117. Nótese que el cumplimiento de todas estas disposiciones, que establecen en abundante detalle lo que debe y no debe incluirse en el VAD, son responsabilidad de la CNEE como regulador, de acuerdo a lo ya expuesto en el párrafo 113 arriba. Por lo tanto, es la CNEE la que, en cada caso, debe aprobar el VAD que considere ajustado a la ley, como parte de la tarifa, como establecen las siguientes disposiciones[215]:

- Artículo 60 de la LGE que establece que "los costos propios de la actividad de distribución que apruebe la Comisión deberán […]".

- Artículo 61 de la LGE que dispone que "[l]as tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía […] con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior. […]";

- Artículo 71 de la LGE que establece que "[l]as tarifas [de distribución] serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución, y del Valor Agregado de Distribución –VAD-";

- Artículo 82 del Reglamento que reza "[l]os costos de suministro para el cálculo de las Tarifas Base y por cada nivel de tensión, serán aprobados por la Comisión";

- Artículo 83 del Reglamento que define los "costos no reconocidos" en el VAD y que dispone que "[n]o se incluirán como costos de suministro […] costos que a criterio de la Comisión [CNEE], sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad";

- Artículo 92 del Reglamento que establece que respecto a los "estudios previstos en el artículo 97 del presente Reglamento", los estudios tarifarios que realice el distribuidor a través de su consultora: "[…] Estos estudios deberán ser aprobados por la Comisión";

- Artículo 99 del Reglamento que reza "[u]na vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la Comisión procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo […]".

118. Es decir, en al menos ocho disposiciones de la LGE y el Reglamento se establece que la CNEE aprueba el VAD, puesto que, como regulador encargado de cumplir y hacer cumplir la ley (artículo 4(a) de la LGE) y responsable de su aplicación (artículo 3 del

215 LGE, **Anexo R-8**; Reglamento, **Anexo R-36**.

Reglamento), debe cerciorarse de que dicho VAD sea el que cumple con los criterios legales[216]. Esta cuestión es fundamental para comprender el marco regulatorio.

119. TGH ignora esta "premisa básica", por utilizar sus propias palabras, malinterpretando dos artículos de la LGE, los artículos 74 y 75. Estos artículos establecen el procedimiento para el cálculo del VAD, que incluye un estudio preparado por la consultora del distribuidor sobre la base de los términos de referencia establecidos por la CNEE, estudio al que la CNEE realiza observaciones, y la posibilidad de un dictamen técnico de una Comisión Pericial. Pero nada de esto significa, y por supuesto no se dice en ningún lugar en estas disposiciones, que quien decida en última instancia sobre el VAD no sea la CNEE. Tal interpretación sería directamente contraria a los principios básicos de la regulación que TGH dice querer resguardar con tanto empeño.

120. No se trata de defender, como dice TGH, una "discreción irrestricta para determinar el VAD" por parte de la CNEE[217]. Esta no es en absoluto la posición de Guatemala. Lo que se niega es, sin embargo, que pueda relegarse la CNEE a mero supervisor y erigirse a la Comisión Pericial como el verdadero regulador. La CNEE tiene la potestad/obligación de decidir, como regulador que debe asumirse sus responsabilidades, sobre cual es el VAD que cumple con la ley, después de seguirse el procedimiento que debe coadyuvar a una decisión correcta, y teniendo en cuenta los criterios objetivos técnico-financieros para el VAD que impone la regulación[218]. Se trata de una facultad reglada, y sujeta a control jurisdiccional, como correctamente afirmó la Corte de Constitucionalidad en una de sus sentencias sobre este tema:

> 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

216 Arts. 4(c), 60, 61 y 71 de la LGE, **Anexo R-8**; arts. 82, 83, 92 y 99 del Reglamento, **Anexo R-36**; Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 22, 27, 29, 31.

217 Memorial de Réplica, párr. 35.

218 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 22, 28, 29.

> discrecional, puesto que aluden a conceptos verificables de que tales tarifas "corresponden 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 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"[219].

121. Este sistema, normal en el mundo entero, cuya premisa básica es que un órgano regulador, la CNEE, decide según su mejor saber y entender después de un procedimiento y siguiendo los criterios objetivos de la ley, no tiene nada de arbitrario ni de discrecionalidad irrestricta como dice TGH.

122. Todo esto, sin embargo, es irrelevante para este Tribunal. Lo que aquí importa es que TGH plantea una controversia de derecho guatemalteco sobre el alcance de ciertas disposiciones de la LGE y su Reglamento. TGH interpreta a su modo estas normas y dice que le dan la razón. La CNEE interpretó las mismas disposiciones, junto con otras, y mantuvo que apoyaban su posición. Más allá de los vocablos que usa TGH como "arbitrariedad", "manipulación", "burla", etc.[220], lo que hay en realidad es una divergencia sobre como había que interpretar y aplicar ciertas normas de la LGE y su Reglamento, que no puede dar lugar a ninguna violación del estándar mínimo.

b. La reforma del artículo 98 del Reglamento

123. Hasta el año 2007, el artículo 98 establecía que si el distribuidor no enviaba los estudios tarifarios para el cálculo del VAD, o no los corregía como requerido por la CNEE, "no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de

---

219 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 32-33 (Énfasis añadido).

220 Por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 269, 270, 272, 273; Memorial de Réplica, párr. 6.

terminación del período de vigencia de dichas tarifas"[221]. Esto podía generar para el distribuidor un perverso incentivo a no colaborar en el proceso de revisión tarifaria, para así continuar con tarifas que pudieran ser más favorables que las resultantes de una eventual revisión[222].

124. En el 2007, la norma fue reformada pasando a establecer que en dicho escenario "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"[223]. La tabla a continuación compara los dos textos del artículo 98, antes y después de la reforma, en la parte relevante:

ART. 98 - TEXTO VIGENTE EN 2003	ART. 98 - REFORMA 2007
Artículo 98.- Periodicidad de los Estudios Tarifarios. […] 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 […][224].	Artículo 98.- Periodicidad de los Estudios Tarifarios. […] 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 [225]

125. El texto reformado es más acorde con las facultades regulatorias de la CNEE y el principio de la LGE de que las tarifas deben reflejar siempre los costos eficientes de los distribuidores. La CNEE siempre ha tenido la potestad y responsabilidad de decisión en materia tarifaria, que incluye asegurarse que el VAD refleje los costos eficientes de distribución[226]. La anterior redacción del artículo 98 del Reglamento podía conducir a

221 Reglamento de la Ley de Electricidad, 21 de marzo de 1997, **Anexo R-12**, art. 98.

222 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 51.

223 Acuerdo Gubernativo 68-2007, 2 de marzo de 2007, **Anexo R-35**, art. 21.

224 Reglamento de la Ley de Electricidad (Extractos), 21 de marzo de 1997, **Anexo R-12**, art. 98. En adelante, Reglamento (extractos).

225 Acuerdo Gubernativo 68-2007, 2 de marzo de 2007, **Anexo R-35**, art. 21.

226 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 53, 62.

una interpretación contradictoria respecto a esta premisa, beneficiando al distribuidor que no colaborara en el proceso de revisión tarifaria. Por lo tanto, la reforma del artículo 98 se hizo en atención a los principios básicos de la regulación, y no al contrario como dice TGH[227].

126. Ya en el 2003 el artículo 99 del Reglamento fue reformado en esta misma línea[228]. La reforma aclaró que ningún distribuidor podía estar "sin pliego tarifario vigente". Es decir, una vez finalizado el periodo de vigencia del pliego anterior, en la revisión quinquenal correspondiente la CNEE debía en todos los casos, salvo causa imputable a la propia CNEE, aprobar nuevas tarifas. La tabla a continuación compara los dos textos del artículo 99 en la parte relevante:

ART. 99 - VERSIÓN ORIGINAL 1997	ART. 99 - REFORMA 2003
Art. 99: Aplicación de las Tarifas. […] En caso que la comisión no haya publicado las nuevas tarifas, las mismas podrán ser ajustadas por los distribuidores en base a las formulas 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 aprobación por la Comisión[229].	**Art. 99: Aplicación de las Tarifas**. […] 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 ya enunciado[230].

127. Esta reforma aclaraba pues que, salvo en circunstancias atribuibles a la CNEE, ningún distribuidor podía continuar con las mismas tarifas. La reforma de 2003, sin embargo, había sido parcial. Había dejado sin reformar el artículo 98 del Reglamento que seguía permitiendo la continuación de tarifas precisamente en ciertos casos no imputables a la

227 Memorial de Réplica, párrs. 93-98.

228 Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, 5 de diciembre de 2003, publicado en el Diario de Centro América el 16 de enero de 2004, **Anexo R-30**, art. 2.

229 Reglamento (extractos), 21 de marzo de 1997, **Anexo R-12**, art 99.

230 Acuerdo Gubernativo No. 787-2003, 5 de diciembre de 2003, publicado en el Diario de Centro América el 16 de enero de 2004, **Anexo R-30**, art. 2.

CNEE, es decir cuando el distribuidor no hubiera colaborado en el proceso de revisión. Este ajuste es el que se hizo en el 2007, por lo que se trató de una reforma menor y además ya anticipada en el 2003.

128. TGH responde a esto en manera confusa, pero lo que parece querer decir es que las dos reformas no se relacionan porque la del 2003 fue motivada por un recurso de amparo que había dejado a EEGSA sin pliego tarifario, y para hacer frente a esta situación se aclaró que la CNEE podía poner uno en vigencia[231]. Sin embargo, esta cuestión es irrelevante. Lo que interesa es que la reforma del artículo 99 del Reglamento en 2003 aclaró, en general, que la CNEE no quedaba paralizada en su función de determinación de las tarifas ante eventos de la que no fuera responsable. Sin embargo, no abordó el artículo 98 del Reglamento que seguía pudiendo interpretarse como generando tal parálisis en un supuesto en el que la CNEE no era responsable, el de falta de colaboración del distribuidor.

129. Esta armonización del articulo 98 del Reglamento con el 99 es la que se hizo en el 2007, que además impuso una obligación a la CNEE para mayor garantía de los distribuidores: que la CNEE decidiera siempre en base a un estudio tarifario, bien corrigiendo el del distribuidor si lo hubiera y pudiera ser corregido, o bien aprobando un estudio de otra consultora precalificada contratada por la CNEE. La posibilidad de la CNEE de contar con su propio estudio tarifario independiente siempre había existido, como emerge de la disposición fundamental del artículo 5 de la LGE:

> La Comisión [CNEE] podrá requerir de la asesoría profesional, consultarías y expertajes que se requieren para sus funciones.

130. Este aspecto siempre fue considerado como fundamental, como lo había recomendado uno de los diseñadores del régimen, el experto chileno, Ing. Bernstein, en el año 2002:

> Para ejercer sus atribuciones de control, la CNEE debe tener la capacidad de efectuar un análisis crítico de cada paso del estudio desarrollado por los Distribuidores, lo que implica en

231 Memorial de Réplica, párrs. 85-88.

> la práctica realizar un estudio independiente, pero con la misma metodología[232].

131. Cabe señalar que las reformas del Reglamento de 2003 y 2007 no generaron queja alguna de ningún distribuidor incluyendo a EEGSA. Nótese que la propia TGH no mencionó dichos ajustes ni de paso en la "notificación de intención de someter la controversia a arbitraje" de 9 de enero de 2009, requerida por el Tratado antes de poder iniciar el arbitraje. Es solo ahora que TGH al parecer ha descubierto el agravio que le produjo esta reforma, tildándola de "inconstitucional"[233], cuando no ha habido ninguna sentencia que declare tal inconstitucionalidad, y la propia TGH, como se indicó más arriba, solo consideró en 2010 presentar este recurso, pero no sin antes explicar que el "fallo favorable" respecto del recurso solo se conseguiría con abogados con peso "político":

> Hemos concluido que si es factible el planteamiento [de inconstitucionalidad del artículo 98 del Reglamento]. Ya estamos trabajando en argumentos, sugerimos la intervención de 3 abogados con peso político para lograr fallo favorable[234].

132. Finalmente, EEGSA y TGH no recurrieron contra la constitucionalidad del artículo 98. La ausencia de recursos es comprensible puesto que la reforma no alteró los principios de la regulación contenidos en la LGE, sino que es conforme a los mismos. Además, es normal que se produzcan reformas reglamentarias puntuales en cualquier regulación de servicios públicos de cualquier país. No tiene nada de excepcional que, conforme las autoridades van ganando experiencia regulatoria, se afinen y armonicen disposiciones de la regulación para resolver potenciales ambigüedades, contradicciones o lagunas jurídicas que puedan existir[235].

---

232 J.S. Bernstein "Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución", mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2.

233 Memorial de Réplica, párrs. 91, y 92-100.

234 Presentación de la Administración de DECA II 2009, **Anexo R-107**, pág. 17 del PDF.

235 Algunos ejemplos fueron ya citados en la Contestación, nota a pie de pág. 326.

133. A este respecto es importante destacar que los propios Contratos de Autorización, en base a los cuales EEGSA desarrolla su actividad de distribución eléctrica durante 50 años, contemplan tanto la posibilidad de que se introduzcan modificaciones al marco regulatorio como la obligación de EEGSA de acatar estas modificaciones:

> [EEGSA] se obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación general […][236]

134. Por lo tanto, TGH siempre supo que los cambios legislativos y reglamentarios eran posibles y le resultaban plenamente aplicables. TGH no puede por tanto reclamar por ningún agravio en este sentido.

135. Aún así, si se analiza con precaución la queja de TGH se advierte que TGH no se queja de la reforma del artículo 98 en sí, sino de que la CNEE, según TGH, "invocó arbitrariamente la versión modificada del artículo 98 del RLGE"[237]. Es decir, se queja del modo como la CNEE interpretó y aplicó el artículo 98, aprobando el estudio de la consultora Sigla tras el pronunciamiento de la Comisión Pericial. Esto tiene que ver con la cuestión del papel de la Comisión Pericial que se analiza a continuación. Nótese de todas formas que la queja sobre el modo en que la CNEE en ejercicio de sus funciones, y luego la Corte de Constitucionalidad en ejercicio de las suyas, entendieron un aspecto concreto de la regulación no puede dar lugar a una reclamación por violación del estándar mínimo internacional, como ya explicado arriba.

c. Papel de la Comisión Pericial

136. El núcleo de la reclamación de TGH sigue siendo el papel de la Comisión Pericial[238]. Así define TGH el caso en el Memorial de Réplica:

---

236 Contrato de Autorización para los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula vigésima (Énfasis añadido); Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, cláusula vigésima (Énfasis añadido).

237 Memorial de Réplica, párr. 117.

238 *Ibid*, párrs. 158-199, 244-253 y 261-266.

> [E]ste caso gira en torno a la renuencia injustificada y arbitraria de la CNEE a aceptar un incremento del VAD de EEGSA y a su imposición, ante los pronunciamientos adversos de la Comisión Pericial, de su propio VAD reducido a EEGSA, en flagrante incumplimiento del mismo marco legal y regulatorio que Guatemala había implementado con miras a alentar la inversión extranjera en su sector eléctrico[239].

137. Por lo tanto, la cuestión fundamental para TGH es que el pronunciamiento de la Comisión Pericial vinculaba a la CNEE que debía tomar el estudio Bates White, presuntamente corregido y aprobado por la Comisión Pericial, para publicar las tarifas, en vez del estudio Sigla. Como se puede observar la cuestión se refiere únicamente al modo como debe interpretarse y aplicarse la regulación, esta vez respecto al papel de la Comisión Pericial, lo cual no puede dar lugar a ninguna violación del estándar mínimo. En cualquier caso, TGH tampoco tiene razón en su interpretación de la regulación.

138. Considerando los calificativos que utiliza TGH en la cita de arriba, "renuencia injustificada y arbitraria" y "flagrante incumplimiento" de la regulación, cualquiera se esperaría que el marco regulatorio dispusiera lo que sostiene TGH, y lo hiciera en modo claro. Es decir, cabría pensar que la regulación establece el carácter vinculante del pronunciamiento, la competencia de la Comisión Pericial para aprobar el estudio tarifario corregido, y el rol meramente ejecutor de la CNEE de lo decidido por la Comisión Pericial.

139. Pues bien, la regulación no dice nada de todo esto. Lo que se dispone sobre la función de la Comisión Pericial se reduce a una frase de ocho palabras contenidas en un solo artículo de la LGE, el artículo 75. Dicha frase reza:

> La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias.

140. Hay que ponerle mucha imaginación a estas ocho palabras como para que puedan tener el alcance que TGH dice que tienen. La realidad es muy distinta. El marco regulatorio regula escasamente la Comisión Pericial, porque la circunscribe a una labor de asesoría

239 *Ibid*, párr. 253.

técnica[240]. Además, no contempla ninguna otra función de la Comisión Pericial al margen de emitir su pronunciamiento. Es decir, no se prevé ninguna atribución de aprobación del estudio tarifario, supuestamente en un momento posterior al pronunciamiento. Es la CNEE la que aprueba los estudios tarifarios, como dicen expresamente tanto la LGE como el Reglamento, y como corresponde a un órgano regulador que debe "cumplir y hacer cumplir la […] ley y sus reglamentos" (artículo 4(a) de la LGE) y es "responsable de aplicar la Ley General de Electricidad y el […] Reglamento" (artículo 3 del Reglamento).

141. Las disposiciones que expresamente establecen la potestad/responsabilidad de decisión de la CNEE en materia tarifaria y también sobre el VAD, es decir los costos de distribución que pueden ser trasladados a la tarifa, han sido ya citadas arriba[241]. Se trata de al menos ocho disposiciones: artículo 4(c) de la LGE ("la CNEE tiene la función de: […] c) Definir las tarifas de transmisión y distribución, […] así como la metodología para el cálculo de las mismas"); artículo 60 de la LGE ("los costos propios de la actividad de distribución que apruebe la Comisión"); artículo 61 de la LGE ("las tarifas […] serán determinadas por la Comisión a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía […] con los componentes de costos eficientes de distribución"); artículo 71 de la LGE ("las tarifas serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución, y del Valor Agregado de Distribución – VAD"); artículo 82 del Reglamento ("los costos de suministro para el cálculo de las Tarifas Base y por cada nivel de tensión, serán aprobados por la Comisión"); artículo 83 del Reglamento ("no se incluirán como costos de suministro […] costos que a criterio de la Comisión [CNEE], sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad"); artículo 92 del Reglamento (los estudios tarifarios "deberán ser aprobados por la Comisión"); artículo 99 del Reglamento ("una vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la Comisión procederá a fijar las tarifas definitivas").

240 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 37, 38, 41, 45.

241 Ver párrs. 113-117 arriba.

142. Esta potestad y responsabilidad de la CNEE en materia tarifaria y de determinación del VAD, incluyendo la aprobación de los estudios tarifarios, es tan evidente y explícita que se requeriría mucho más que la frase "la Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias" para desmentirla. En realidad, la única interpretación correcta de esta frase, tanto en su sentido literal, como en el contexto del resto de la LGE y del Reglamento, es que la Comisión "Pericial" emite una opinión técnica, relevante para la CNEE para que tome una decisión acertada, pero que no vincula a la CNEE a tener que aceptar el estudio del distribuidor, y ni mucho menos que las funciones de la Comisión Pericial se extiendan a la aprobación final de dicho estudio[242]. La función de la Comisión Pericial es dictaminar sobre las divergencias en relación a los requerimientos y observaciones de la CNEE al estudio del distribuidor para ajustarlo a los términos de referencia. Dicho dictamen es un elemento importante que coadyuva, junto a otros como son el propio estudio del distribuidor y el estudio independiente encargado por la propia CNEE, a la toma de decisiones de la CNEE sobre el VAD. La función de la Comisión Pericial no es sustituir a la CNEE.

143. Para empezar, no hay en la regulación ninguna disposición específica expresa que confiera carácter vinculante al informe de la Comisión Pericial para la determinación del VAD y de las tarifas. Dicha disposición expresa sería absolutamente necesaria para conferir efecto vinculante al informe de la Comisión Pericial, dado que derogaría de las atribuciones de la CNEE como regulador, como evidenciado arriba[243].

144. La interpretación textual del artículo 75 conduce a la misma conclusión. De acuerdo con las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico guatemalteco, el Diccionario de la Real Academia Española (***RAE***) auxilia la interpretación textual de una norma[244]. El uso del vocablo "pronunciarse" en el artículo 75, según el Diccionario de la RAE, en su acepción puramente pronominal significa "declararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o de algo"[245] y según el Diccionario Panhispánico de Dudas de la RAE

242 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 47.

243 Ver párrs. 113-117 arriba; Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 38, 41, 45.

244 Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, 4 de febrero de 2005, **Anexo R-31**, art. 11.

245 Diccionario de la Real Academia Española, **Anexo C-50**.

"manifestar la opinión sobre algo"[246]. Nada de esto se refiere a una decisión vinculante. Además, el vocablo "pericial" en el artículo 75 de la LGE deriva de perito, término que, de nuevo según el diccionario de la RAE, significa "persona que poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos y técnicos o prácticos informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia"[247]. En síntesis, la interpretación textual de la frase "la Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias" no puede derivar en otra cosa que no sea asignarle una función consultiva a dicha Comisión.

145. Para mayor abundamiento, el dictamen de peritos según el ordenamiento procesal civil guatemalteco tiene, por definición, naturaleza consultiva. Como explica el Lic. Aguilar:

> El papel puramente consultivo que los peritos tienen en el ordenamiento procesal guatemalteco está expresamente definido en el artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil que reza: "**El dictamen de los expertos, aun cuando sea concorde, no obliga al juez, quien debe formar su convicción teniendo presentes todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso**."[248]

146. Además de todo lo anterior, las funciones de la Comisión Pericial se circunscriben a pronunciarse sobre las discrepancias, pero en ningún lugar se confiere la potestad a la Comisión Pericial de aprobar los estudios tarifarios de los distribuidores. Es muy simple, esto no está contemplado en absoluto en ninguna disposición de la regulación. TGH alega que las funciones de la Comisión Pericial bajo la LGE fueron ampliadas en este caso por medio de unas supuestas reglas de funcionamiento acordadas entre EEGSA y la CNEE, pero este acuerdo, que hubiere en la práctica modificado la LGE, no existió, tal como se explica más adelante[249].

---

246 Real Academia Española, *Diccionario Pan-Hispánico de Dudas*, **Anexo R-154**.

247 *Diccionario de la Real Academia Española*, las definiciones de los términos acepción y perito **Anexo R-153**.

248 Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 49.

249 Ver Sección V.E abajo.

147. Por lo tanto, aun si el dictamen de la Comisión Pericial fuera vinculante (que no lo es), lo sería en cuanto a la resolución de las discrepancias, pero nada más. Tras el pronunciamiento de la Comisión Pericial, la decisión de si el estudio tarifario del distribuidor puede ser corregido o por el contrario debe ser descartado a la vista de las deficiencias identificadas por la Comisión Pericial, debe necesariamente corresponder a la CNEE. De lo contrario la CNEE estaría delegando su función reguladora en la Comisión Pericial, un órgano de existencia temporal (ver más adelante en párrafo 430) lo que estaría terminantemente prohibido en el derecho guatemalteco. En palabras del Lic. Aguilar:

> En el presente caso la LGE fue creada por el Congreso de la República de Guatemala y dicho órgano es el único facultado para reformar, modificar o sustituir la LGE y sus disposiciones lo que incluye, pero no se limita, a las funciones de la CP a que se refiere el artículo 75 de la LGE.
>
> En lo que corresponde a la facultad ***reglamentaria*** de las leyes, dicha facultad le corresponde, de conformidad con lo que dispone el artículo 183(e) de la Constitución Política de la República de Guatemala, al Presidente de la República de Guatemala, quien deberá emitir las disposiciones reglamentarias sin alterar el espíritu de la ley, el cual deberá ser refrendado por el Ministro del Ministerio con cuyo despacho se relacione la ley. […] ***Ninguna persona o autoridad*** distinta a la del Presidente de la República puede emitir normas, acuerdos o disposiciones que reformen, modifiquen o sustituyan el RLGE, lo que incluye disposiciones que se relacionen con las funciones que en la LGE y en el RLGE le son asignadas a la CP a que se refiere el artículo 75 de la LGE.
>
> […]
>
> Dicha disposición es ***nula en forma absoluta*** porque, además de que no fue emitida por ninguna autoridad con facultades legislativas o reglamentarias que puedan introducir cambios o regulaciones a la LGE y al RLGE, ***otorga*** a la CP funciones que no están contempladas en la LGE.En efecto, la facultad que se le otorga a la CP de ***revisar y aprobar*** los cambios que la consultora del distribuidor haya realizado al estudio de los componentes del VAD, al amparo del informe de la CP, ***no está contemplada en la LGE***. No se puede pactar, mucho

> menos otorgar, en una norma operativa facultades a la CP que no están previstas ni en la LGE ni en el RLGE[250].

148. La Corte de Constitucionalidad decidió, por mayoría de sus miembros que esta interpretación de la CNEE era la correcta, de acuerdo con los principios fundamentales del marco regulatorio y del derecho guatemalteco:

> La CNEE es un órgano integrado conforme un sistema de designación plural de la sociedad con facultades para fijar las tarifas y la metodología para su cálculo[251] y responsable de la aprobación de las tarifas[252];
>
> La fijación de las tarifas y de la metodología para su cálculo constituye no sólo una facultad, sino también una obligación de responsabilidad de la CNEE sujeta a la ley, que no puede ser delegada en ningún ente u órgano dado que lo contrario resultaría contrario al principio de legalidad y al principio de función pública[253]; y
>
> Una vez que ha emitido el pronunciamiento de la Comisión Pericial, ni la LGE ni el Reglamento prevén alguna otra función adicional para la Comisión Pericial[254].

149. TGH y su perito el Lic. Alegría se refieren a que la Ley de Electricidad de Chile y su Reglamento "sirvieron de modelo" a la LGE, y que en dicha ley se prevé una decisión vinculante de una comisión pericial en materia de determinación del VNR que es un elemento para el cálculo del VAD[255]. Este argumento prueba la posición de Guatemala, no la de TGH.

150. Efectivamente, la ley chilena que invoca TGH prevé un dictamen vinculante de un "panel de expertos" para la determinación del VNR en caso de discrepancias entre la

---

250 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 63, 64, 69.

251 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo RL-110,** pág. 34. (Énfasis añadido).

252 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105,** pág. 31.

253 *Ibid*.**,** pág .29 (Énfasis añadido).

254 *Ibid*, pág 25; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110,** págs 15-16.

255 Memorial de Réplica, párrs. 45-46.

Comisión Nacional de Energía y los distribuidores (artículo 208 de la ley chilena)[256]. En primer lugar, esto no se refiere a la determinación del VAD, que está relacionado con el VNR, pero es cuestión distinta[257]. En segundo lugar el carácter vinculante del dictamen del panel de expertos se establece en modo textual y expreso. El artículo 211 de la ley chilena establece textualmente:

> El dictamen del panel de expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia, debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios. Será vinculante para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria[258].

151. Además, en la ley chilena el panel de expertos es permanente (artículo 209) y se encuentra regulado en modo detallado, como sigue:

1. Composición (7 miembros), calificaciones necesarias para ser miembro del panel, duración del mandato (6 años), quórum para sesionar, incompatibilidades (artículo 209);

2. Ayuda administrativa, secretario, del panel (artículo 210);

3. Modo de planteamiento de las discrepancias, procedimiento ante el panel, plazos, audiencia pública, decisión vinculante, recursos contra el dictamen (artículo 211);

4. Costos del panel, financiamiento, honorarios de sus miembros, sede, estatus administrativo de sus miembros, responsabilidades (artículo 212).

---

256 Ley General de Electricidad de Chile del 2 de mayo de 2007, **Anexo C-482,** art. 208.

257 Para el VAD en Chile se preparan dos estudios, y en caso de desacuerdo, sus resultados se ponderan, asignando 2/3 del valor al estudio del regulador, y 1/3 al del distribuidor. Ley General de Servicios Eléctricos DFL No. 1/1982, modificada por Ley 20.018 de 2006, 13 de septiembre de 1982, **Anexo R-2**, art. 107.

258 Ley General de Electricidad de Chile del 2 de mayo de 2007, **Anexo C-482,** art. 211 (Énfasis añadido).

152. En la ley chilena precedente de 1982, y el Reglamento de 1998, se establecía también textualmente que "De no existir acuerdo entre el concesionario y la Superintendencia, el VNR será determinado por una comisión pericial"[259]. Por lo tanto, de nuevo, en esta versión el carácter vinculante de la decisión de la comisión pericial es explícito.

153. En síntesis, si la ley chilena fue el modelo para la LGE como dice TGH, entonces la conclusión es que los legisladores guatemaltecos expresamente excluyeron que la Comisión Pericial emitiera un dictamen vinculante, al no adoptar ni el diseño ni el lenguaje de la ley chilena.

154. Al parecer la tesis de TGH se asienta ahora en que en una página del Memorándum de Venta confeccionado por Salomon Smith Barney, se utiliza la palabra "resuelva" en lugar de "se pronunciará" con referencia a la función de la Comisión Pericial[260]. Pero nada dice obviamente dicho Memorándum sobre el carácter vinculante del dictamen de la Comisión Pericial, ni que dicha comisión apruebe los estudios tarifarios, ni que dicha aprobación se imponga a la CNEE. Todo lo contrario, el Memorándum enfatiza las facultades de la CNEE para aprobar los estudios del VAD y fijar las tarifas. Por ejemplo, el Memorándum explicó en términos inequívocos a los inversores que la CNEE, como órgano técnico e independiente (funcional y presupuestariamente) del MEM, sería el ente regulador y fiscalizador del sector, con la potestad de hacer cumplir la LGE y fijar las tarifas[261].

155. A falta de prueba alguna de su tesis, TGH se reduce a invocar un recurso judicial de la CNEE de 2003 y la opinión de algunos ingenieros en 2008 en los que aparece la palabra "resolverá" referido a la Comisión Pericial, así como la opinión de un ingeniero

---

259 Ley General de Servicios Eléctricos DFL No. 1/1982, **Anexo R-2**, art. 118; Reglamento de la Ley General de Electricidad de Chile, 9 de octubre de 1998, **Anexo C-429,** art. 314 (Énfasis añadido).

260 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, pág. 49.

261 *Ibid*, págs. 54-55, donde se explica:

> Las funciones básicas de la [CNEE] son, entre otros, […] fijar las tarifas que determina la ley […]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico. Las funciones básicas de la Comisión son: (1) hacer cumplir la Ley […], (4) regular las tarifas de transmisión y distribución […].

colombiano de 2002 y un artículo periodístico en los que aparece la palabra "arbitraje" a este respecto[262]. Nada de esto puede condicionar una interpretación jurídica mínimamente seria de la LGE en un aspecto tan relevante. La LGE no utiliza la palabra "resolverá", ni mucho menos habla de "arbitraje", ni dice (y ningún documento de TGH tampoco) que corresponda a la Comisión pericial aprobar el estudio tarifario e imponérselo a la CNEE para que fije las tarifas.

156. En síntesis, TGH no tiene razón cuando alega que la CNEE se equivocó al considerar el informe de la Comisión Pericial como una opinión técnica pero que no le vinculaba a tener que aceptar el estudio Bates White corregido según dicho informe, y que considerara que las funciones de la Comisión Pericial no se extendían a la aprobación final de dicho estudio.

d. Rechazo del estudio Bates White y aprobación del estudio de Sigla

157. La Comisión Pericial dictaminó que el estudio Bates White no incorporaba todas las modificaciones legítimamente requeridas por la CNEE. Por ejemplo, no era ni auditable ni trazable como se explica más abajo[263]. Estas deficiencias eran muy serias puesto que impedían de hecho a la CNEE verificar la corrección del estudio, y poder confiar en el mismo para fijar el VAD y la tarifa. Por lo tanto, la CNEE entendió correctamente que, al haber confirmado la Comisión Pericial que el estudio no incorporaba todas las modificaciones legítimamente requeridas, de acuerdo con el artículo 98 del Reglamento le correspondía a la CNEE decidir sobre las consecuencias de dicho dictamen, y en concreto sobre la posibilidad o no de modificar el estudio tarifario de Bates White o la adopción del estudio independiente de la consultora contratada por la CNEE.

158. La Corte de Constitucionalidad falló a favor de esta interpretación de la CNEE, sobre la base de las premisas básicas de la LGE:

> La actitud que posteriormente asumió la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que fue la de dictar el acto que por este medio se reclama [aprobación del estudio Sigla], constituye a

262 Memorial de Réplica, párrs. 48-51.

263 Ver Secciones V.E.9.a y V.E.9.b abajo.

médula de la impugnación respecto del trámite que establece tanto la Ley General de Electricidad como su Reglamento; en tanto que las facultades de ésta Comisión para fijar las indicadas tarifas (por omisión de la distribuidora de hacer las correcciones) es el argumento principal para justificar su actuación.

[…] debe establecerse que, en este caso, no se determina que en la Ley General de Electricidad y en el Reglamento que la desarrolla, se imponga a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica la obligación de asumir con carácter vinculante dicho dictamen, por cuanto, dada la naturaleza de la opinión de los expertos, aun cuando sea concorde, no la obligaba a aceptar sus términos para aprobar las tarifas del caso[264].

Habiéndose dado por concluido el procedimiento establecido en los artículos 74 y 75 de la ley reguladora, que concluyó con el dictamen de la Comisión Pericial, el cual no era vinculante para la autoridad, ésta asumió su responsabilidad, que no tiene facultad para delegarla, aprobando, con base en los propios estudios que estimó pertinentes, las tarifas cuestionadas por medio del amparo[265].

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. […] De ahí que [la autoridad] no tiene obligación de sujetarse al dictamen de los peritos, en particular cuando quien tiene la potestad, en todo caso razonable, de resolver, formando su propio juicio con base en los datos o información que conciernen al ejercicio de su competencia y otros aspectos que contribuyan a determinar los hechos[266].

[…] 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 […] [A]tenidos estrictamente a la Ley General de Electricidad, la facultad de aprobar pliegos tarifarios corresponde a la Comisión Nacional de Energía

---

264 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 22-23. (Énfasis añadido).

265 *Ibid*, pág. 24 (Énfasis añadido).

266 *Ibid*, pág. 26 (Énfasis añadido).

> Eléctrica y de ninguna manera, directa o indirectamente, a una comisión pericial, cuya naturaleza ha sido considerada[267].

159. Por consiguiente, la actuación de la CNEE fue correcta y lo que pretende TGH ahora es que se reabra esta cuestión regulatoria, como si este Tribunal fuera una corte guatemalteca de tercera o cuarta instancia, bajo la alegación artificiosa de violación del estándar mínimo, violación que en ningún caso podría verificarse dada la naturaleza regulatoria de la reclamación.

160. En cualquier caso, vale la pena recordar que en el caso presente, EEGSA y Bates White sabotearon continuamente el proceso de revisión tarifaria. Para dar una ilustración, el primer estudio, de 31 de marzo de 2008 concluía con un aumento del 245% del VAD de EEGSA (es decir, requería más que triplicar la tarifa). Un mes después, el segundo estudio determinaba un aumento del VAD del 184%. En medio, el Presidente del Consejo de Administración de EEGSA, Sr. Gonzalo Pérez, había realizado una extraña visita a la CNEE diciendo que EEGSA se conformaba con un 10% de aumento del VAD[268]. La CNEE no podía confiar en estudios que daban resultados tan dispares y que no se correspondían para nada con lo que EEGSA estaba extrañamente dispuesta a aceptar aparentemente en una "negociación" directa con la CNEE.

161. La falta de confiabilidad es lo que emerge precisamente del dictamen de la Comisión Pericial, que afirmó que ni el modelo ni la base de datos presentados por Bates White eran auditables, carecían de la vinculación y trazabilidad necesaria[269], y de la base de datos de soporte[270]. En su dictamen, la Comisión Pericial afirmó que, "deb[ían] estar los vínculos entre todos los modelos realizados de manera que dichos cálculos pueden ser reproducidos" y deberán poder "ser corroborados por la CNEE"[271]. Tampoco contaba el estudio con los precios de referencia internacionales necesarios para que la CNEE

---

267 *Ibid*, pág. 29 (Énfasis añadido).

268 Ver Sección V.E.4 abajo.

269 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 15-17, 40-41, 70-71.

270 *Ibid*, págs. 40-41.

271 *Ibid*, pág. 17 (Énfasis añadido).

evaluara los precios computados por Bates White en el modelo[272]. Además, el VNR estaba sobrevaluado[273].

162. A la luz de todo esto, la CNEE consideró que no podía utilizar el estudio Bates White para establecer el VAD y las tarifas. La CNEE estimó que la regulación no solo le permitía sino que le exigía aprobar un estudio tarifario que le resultara confiable. El VAD aprobado por la CNEE fue calculado bajo criterios estrictamente técnicos, sobre la base de un estudio de un consultor independiente, precalificado, la reconocida empresa Sigla, que había incluso ya trabajado anteriormente y satisfactoriamente para EEGSA[274]. Por lo tanto, la queja de TGH respecto al rechazo del estudio Bates White y aprobación del estudio de Sigla no tiene fundamento.

e. El cálculo del VAD

163. TGH se sigue quejando de que el VAD aprobado por la CNEE fue demasiado bajo y el cálculo contenía errores técnico-financieros[275]. TGH se equivoca, pero es importante notar que lo que TGH solicita es que este tribunal se sustituya a la CNEE y rehaga la revisión tarifaria, como si fuera una agencia regulatoria. Nada de esto puede ser competencia de este Tribunal. Los pretendidos errores técnico-financieros de la CNEE o sus consultores independientes no pueden constituir violaciones del estándar mínimo internacional por parte del Estado guatemalteco.

164. Como ya se dijo en el Memorial de Contestación, el cálculo del VAD es una operación técnica compleja que la LGE regula como sigue: debe corresponder al "costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada" (artículo 71); debe contemplar como

---

272 *Ibid*, págs. 33-36.

273 *Ver* Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 82-83 (Redes Subterráneas), págs 78-79 (Salidas por Centro de Transformación), págs. 93-94 (Acometidas).

274 Sigla S.A. – Electrotek S.A, Oferta Técnica para participar en el Supervisión de los Estudios de Caracterización de la Carga (ECC) y de los Componentes del Valor Agregado de Distribución (EVAD), 15 de octubre de 2007, **Anexo R-45**, págs. 46-47, (adjuntando carta de Miguel Francisco Calleja, Gerente de Planificación y Control de EEGSA, a Luis Sbertoli, Presidente de Sigla, 13 de octubre de 2005). *Ver también* Memorial de Contestación, párr. 322.

275 Memorial de Réplica, párrs. 200-207.

componentes básicos los "[c]ostos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía", "[p]érdidas medias de distribución", "[c]ostos de capital, operación y mantenimiento asociados a la distribución" (artículo 72); el costo de capital se calcula en base al "Valor Nuevo de Remplazo de una red de distribución dimensionada económicamente" (artículo 73)[276].

C. LAS ALEGACIONES DE ARBITRARIEDAD DE LA CNEE SON MERAS ETIQUETAS SIN FUNDAMENTO ALGUNO

165. Uno de los calificativos que más le gustan a TGH para etiquetar la conducta de la CNEE es la de "arbitrariedad"[277]. Es curioso, que después de tanto afán emotivo y terminológico, el análisis jurídico del concepto de arbitrariedad se reduzca a un solo y único párrafo del Memorial de Réplica[278], en el que además TGH se limita a intentar responder a Guatemala sobre el concepto de arbitrariedad definido en la decisión de la Corte Internacional de Justicia (***CIJ***) en el asunto *ELSI*.

166. En dicho párrafo, TGH acepta el concepto de arbitrariedad de *ELSI*, pero no parece haber reparado en cuál es dicho concepto. La CIJ dijo como sigue:

> Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law […].
>
> Thus, the Mayor's order was consciously made in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal, and treated as such by the superior administrative authority and the local courts. These are not at all the marks of an "arbitrary" act[279].

167. TGH no analiza, ni siquiera cita, este pasaje. Nótese que la arbitrariedad se refiere a actos que muestran desprecio por los principios del Estado de derecho, es decir el principio de sometimiento de todos los poderes públicos al imperio de la ley; no hay

---

276 LGE, **Anexo R-8**, arts. 71-73; Memorial de Contestación, párr. 521.

277 *Ver*, por ejemplo, Memorial de Réplica, párrs. 3, 8, 15, 89, 117, 160, 181, 228, 244-246, 249, 251, 253, 292, y sección III.A.1.

278 Memorial de Réplica, párr. 237.

279 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párrs. 128-129.

arbitrariedad cuando los actos, aun criticables, hayan sido tomados sobre la base de un sistema jurídico efectivo, y que otorga recursos judiciales apropiados.

168. La jurisprudencia internacional, además, ha rechazado que se pueda hablar de arbitrariedad cuando el acto atacado de un ente público "*constituted the normal exercise of the regulatory duties*"[280], o sea "*producto de procesos racionales de toma de decisión*"[281], o haya sido tomado "in the course of exercising its statutory obligations to regulate"[282]. TGH no analiza estos precedentes, ni ninguno de estos elementos que son relevantes para juzgar la arbitrariedad.

169. Como se ha evidenciado arriba y se explica en las secciones posteriores[283], las acciones de la CNEE sobre las cuales TGH basa su reclamación no caen en ninguno de estos supuestos de arbitrariedad:

a. La CNEE actuó en el ejercicio normal de sus deberes, facultades y responsabilidades regulatorias;

b. Sus decisiones fueron producto de procesos racionales de toma de decisión;

c. La CNEE interpretó y aplicó el marco regulatorio según su mejor saber y entender, y se sometió en todo momento a los principios del Estado de derecho y de imperio de la ley, defendiendo su posición ante la justicia guatemalteca;

d. Las decisiones de la CNEE fueron tomadas sobre la base de un sistema jurídico efectivo y de recursos judiciales disponibles; y

---

280 *Ronald S. Lauder c. República Checa* (Caso CNUDMI) Laudo final, 3 de septiembre de 2001, **Anexo CL-38**, párr. 255.

281 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párr. 158.

282 *Genin y otros. c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2) Laudo, 25 de junio de 2001, **Anexo RL-3**, párr. 370.

283 Ver Sección V.E abajo.

e. La posición de la CNEE fue avalada por la Corte de Constitucionalidad de acuerdo con el derecho guatemalteco, en decisiones razonadas y fundadas.

170. En suma, utilizando las palabras de la CIJ en *ELSI*, en este caso no existen "the marks of an 'arbitrary' act"[284].

171. A sabiendas de esto, TGH se inventa ahora una pretendida arbitrariedad en base a ciertos correos electrónicos entre la CNEE y el Ing. Jean Riubrugent mientras era su consultor independiente para el estudio tarifario, y luego cuando era miembro de la Comisión Pericial. Estos correos no tienen nada de sospechoso, como ya se ha explicado arriba y se aclara con mayor detalle abajo[285].

D. LA DOCTRINA DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS NO SE APLICA EN EL CONTEXTO DEL ESTANDAR MÍNIMO, Y DE TODAS FORMAS TGH NO DEMUESTRA NINGUNA VIOLACIÓN DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

172. TGH afirma que Guatemala admite que el estándar mínimo censura violaciones de las expectativas legítimas del inversor[286]. Esto es incorrecto. Como se ha establecido arriba[287], la doctrina de las expectativas legítimas no se aplica en el contexto del estándar mínimo internacional, como se demuestra entre otras cosas de la práctica y *opinio juris* de los Estados parte al Tratado. En cualquier caso, TGH no demuestra ninguna violación de expectativas legítimas.

1. TGH sigue alegando expectativas legítimas generadas antes de que naciera

173. TGH parece sorprendida de que Guatemala haya objetado que el Memorial de Demanda se refiriera enteramente a presuntas expectativas legítimas que habría adquirido o que se le habrían generado en el momento de la privatización de EEGSA, cuando TGH ni siquiera existía. Dice que "la Demandada recurre entonces a atacar a la Demandante por intentar beneficiarse con las expectativas legítimas de sus filiales del grupo TECO" y

---

284 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)* 1989, ICJ Rep. 15, 20 de julio de 1989, **Anexo RL-1**, párr. 129.

285 Ver párrs. 43, 326-330 abajo.

286 Memorial de Réplica, párr. 229.

287 Ver párrs. 79 y ss.

"[s]in ningún motivo, Guatemala ataca a la Demandante por utilizar TGH y TECO en forma intercambiable en su Memorial"[288]. Con todo el respeto, Guatemala no puede ser inculpada por la superficialidad y frivolidad con la que TGH ha tratado esta cuestión, teniendo en cuenta además la centralidad que el argumento de expectativas legítimas tiene en toda la argumentación de TGH. No se trata de un ataque, y ni mucho menos es sin motivo.

174. Vale la pena recordar la cuestión. En su Notificación de Arbitraje, TGH se limitó a afirmar en modo escueto que su inversión en EEGSA era "indirecta", sin aportar explicación o documentación alguna al respecto[289]. En su Memorial de Demanda TGH no hizo ni siquiera una mención a este tema. Sin embargo, durante el proceso de solicitud de documentos, Guatemala pudo descubrir que TGH fue creada solo en 2005 y adquirió su participación indirecta en EEGSA en el mismo 2005. Guatemala expuso este hecho a TGH y requirió documentación adicional que TGH no quiso presentar, y solo cuando Guatemala recurrió al Tribunal TGH accedió a presentar alguna documentación citando "inadvertent misstatements" al afirmar que había poseído su participación en EEGSA desde 1998[290].

175. A raíz de esto, Guatemala expuso que las pretendidas expectativas de TGH en 1998, en las que se basa gran parte de la reclamación, no solo eran completamente erróneas, sino que tampoco podían ser tales puesto que por aquel entonces TGH ni siquiera había nacido. Por ejemplo, utilizando las definiciones "la Demandante" y "TECO" usadas por TGH para referirse a sí misma[291]:

(a) "A fines de la década de los noventa, Guatemala pretendió y consiguió obtener de la Demandante […]"[292];

---

288 Memorial de Réplica, párr. 8 y nota 1354.

289 Notificación de Arbitraje, párrs. 14, 26.

290 Carta de White & Case a Freshfields de 13 de enero de 2012, **Anexo R-148**.

291 Según el párrafo 1 del Memorial de Demanda, la Demandante es también referida como "TECO" en el Memorial.

292 Memorial de Demanda, párr. 3.

(b) "La Demandante [TGH] decidió invertir en EEGSA como parte de un consorcio […]"[293];

(c) "En abril de 1998, Salomon Smith Barney confeccionó un Memorandum Informativo Preliminar […], que se envió a los inversores estratégicos, incluida TECO [TGH]"[294];

(d) "[A] TECO [TGH] le interesaba invertir en EEGSA y 'considerábamos que esta privatización […]'"[295];

(e) "'Las leyes […] desempeñaron un papel fundamental en nuestra [TGH] decisión de participar en la subasta para privatizar EEGSA […]'"[296];

(f) "TECO [TGH] realizó un exhaustivo proceso de *due diligence* […]"[297];

(g) "[A]l promover la privatización de EEGSA, Guatemala informó a los posibles inversores, incluso TECO [TGH], […]"[298].

176. De hecho, todas las expectativas que, en su Memorial de Demanda, TGH dice tener respecto al marco regulatorio (que son completamante equivocadas) se fundan aparentemente en su supuesto entendimiento de dicho marco en 1998 y en las presuntas seguridades o promesas dadas a TGH, cuando fue privatizada EEGSA. Es obvio que esto es imposible.

177. TGH responde ahora que esto no importa puesto que TGH es parte del grupo Teco y por lo tanto las expectativas que otras compañías del grupo tenían en 1998 son compartidas por TGH, en modo automático y con carácter retroactivo cuando esta compañía nació en

293 Memorial de Demanda, párr. 45.

294 *Ibid.*, párr. 49.

295 *Ibid.*, párr. 56.

296 *Ibid.*, párr. 57. *Ver* la versión en inglés del Memorial donde queda claro que "nuestra decisión" se refiere a Teco.

297 *Ibid.*, párr. 59.

298 *Ibid.*, párr. 278.

2005[299]. Sin embargo, el concepto de expectativas legítimas es suficientemente importante como para requerir un análisis mucho más atento y cuidadoso.

178. La cuestión de cuándo y cómo una compañía adquiere o le es atribuible un determinado conocimiento (por ejemplo una expectativa) es una cuestión jurídica compleja, que se hace aun más compleja en relación a la trasmisión de dicho conocimiento. Normalmente, se atribuye a la sociedad el conocimiento de los órganos que, según el estatuto de la sociedad y el derecho societario doméstico, toman decisiones vinculantes para la sociedad, o bien el conocimiento de los agentes y delegados debidamente nombrados. La cuestión es muy simple. Si TGH no existía en 1998, no puede haber adquirido ninguna expectativa en aquel momento. Nadie pudo transmitirle o atribuirle dicha expectativa o conocimiento, por errado que fuera. Pero es que además, tampoco es posible atribuirle dicho conocimiento o expectativa por la mera participación al mismo grupo societario, participación que entre otras cosas no se materializó hasta siete años después. Como se ha explicado, el conocimiento se adquiere, se atribuye y se transfiere a través del conocimiento de los órganos societarios, y debe ser probado. No vale con una simple referencia de participación en un grupo para obviar a este análisis. La tesis de TGH llevaría a preguntarse, y a tener que demostrar, qué expectativas tenía cada sociedad del grupo en relación a la inversión en Guatemala, incluida por ejemplo la casa matriz, porque según TGH todas estas sociedades pudieron transmitir tales expectativas a TGH y a todas las sociedades del grupo. Se trata de una posición que conduce a planteamientos absurdos.

179. TGH se refiere a casos en que se ha considerado que un inversor puede tener expectativas legítimas aun sin haber participado en la inversión inicial[300]. Esto es correcto, pero tales expectativas son, en todos los casos, únicamente las que demostrablemente se hayan creado al inversor en cuestión en el momento de realizar su propia inversión (en el caso de TGH, en 2005), no la del inversor original que no es parte en el proceso. La jurisprudencia es clara que las expectativas legítimas que puedan ser protegidas por el derecho internacional son las de cada inversor en el momento en

299 Memorial de Réplica, párrs. 267-271.

300 *Ibid*, párr. 270.

que realizó su inversión[301]. El problema es que TGH ha invocado prácticamente solo las expectativas supuestamente generadas en 1998.

180. Por ejemplo, en *Total c. Argentina* se rechazó que la demandante pudiera haber tenido cualquier expectativa legitima derivada del proceso licitatorio años antes de que la inversión fuera efectuada. En palabras del tribunal:

> El Tribunal no necesita analizar estas disposiciones debido a que Total no participó en el proceso de licitación de diciembre de 1992. Por lo tanto, sobre la base de los principios legales mencionados precedentemente, Total no puede invocar el Pliego de bases y condiciones como una promesa con la que contaba cuando invirtió en el sector del gas en 2001. La situación de Total es, por lo tanto, diferente de la de los inversores extranjeros que participaron en el proceso de privatización e invocaron su confianza en el Pliego de bases y condiciones en otros casos[302].

181. A pesar de lo evidente de esto, TGH sigue empeñada en argumentar que sus expectativas habrían derivado de "declaraciones específicas" hechas por Guatemala "durante el proceso de privatización de EEGSA en 1998"[303], posición que debe ser rechazada.

2. En cualquier caso, el argumento de expectativas legítimas de TGH no tiene ningún soporte jurídico ni fáctico

a. El estándar de tratamiento justo y equitativo no protege cualquier expectativa sino solo aquellas basadas en compromisos específicos de estabilidad jurídica, que no existen en este asunto

182. TGH sigue sin dar un solo ejemplo de un asunto relativo a la aplicación del estándar mínimo internacional en el que se haya considerado efectivamente violado dicho estándar por violación de expectativas legítimas. Insiste con referirse a precedentes relativos a la regla de tratamiento justo y equitativo autónoma del derecho internacional

---

301 *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párr. 331.

302 *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1) Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, **Anexo CL-70**, párr 148.

303 Memorial de Réplica, párr. 268.

consuetudinario[304]. Dice TGH que no hay diferencia entre el estándar mínimo y el estándar de tratamiento justo y equitativo, pero esto no es correcto como ya se ha explicado arriba[305]. Guatemala reitera que la doctrina de las expectativas legítimas no se aplica en el contexto del estándar mínimo internacional. El análisis en esta sección, por lo tanto, es sin perjuicio de esta posición de Guatemala.

183. Además, como demostrado por Guatemala en la Contestación[306], el estándar de tratamiento justo y equitativo autónomo (que no es el estándar relevante en este caso) no protege cualquier expectativa del inversor. En particular, no protege las meras expectativas ordinarias que tiene todo inversor de que una autoridad pública no incumplirá un contrato administrativo o no cometerá alguna irregularidad bajo la regulación aplicable. Nada de esto ha ocurrido en este caso, pero lo importante es que éstas son controversias de derecho interno sobre las que son competentes los tribunales nacionales. De lo contrario, cualquier incumplimiento regulatorio o contractual, o pequeña reforma de la regulación, sería automáticamente una violación del derecho internacional. Se equipararían las protecciones internacionales con la mera aplicación del derecho doméstico, y se impediría cualquier adaptación o evolución de un marco regulatorio. La jurisprudencia citada anteriormente relativa a que una mera ilegalidad interna por parte de un regulador no da lugar a una violación del estándar mínimo internacional y la regla de tratamiento justo y equitativo es clara a este respecto.

184. Por citar de nuevo un ejemplo, en *Parkerings c. Lituania* el tribunal dijo:

> It is evident that not every hope amounts to an expectation under international law. The expectation a party to an agreement may have of the regular fulfillment of the obligation by the other party is not necessarily an expectation protected by international law. In other words, contracts involve intrinsic expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law. Indeed, the party whose contractual expectations are frustrated should, under specific conditions, seek redress before a

304 *Ibid*, párrs. 254-260.

305 Ver párrs. 79 y ss.

306 Memorial de Contestación, párrs. 460-467.

> national tribunal. As stated by the Tribunal in *Saluka*, "*[t]he Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the Rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State*."[307].

185. Las expectativas legítimas que protege la obligación de trato justo y equitativo son otra cosa. Surgen de las garantías o compromisos específicos por parte del Estado respecto al mantenimiento del marco jurídico existente al momento en que se realizó la inversión. Lo clásico es una cláusula de estabilidad jurídica en los acuerdos contractuales que hayan servido como base para la inversión. En las palabras del tribunal en *Parkerings*:

> It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a *stabilisation* clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. […]
>
> […] an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment[308].

186. Esto es plenamente aplicable al caso presente. La doctrina de la expectativas legítimas no se aplica a casos de incumplimientos regulatorios (que además no han existido en este caso), sino a casos relativos a alteraciones fundamentales del marco jurídico que resulten contrarias a compromisos específicos de estabilidad jurídica, normalmente en una cláusula de estabilidad.

187. TGH replica que las expectativas legítimas pueden ser generadas por un marco regulatorio sin más. Esto es incorrecto. En ausencia de cláusulas de estabilidad, las

---

307 *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 344. (Subrayado añadido; cursiva en el original). *Ver también Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República del Gana* (Caso CIADI No. ARB/07/24) Laudo, 18 de junio de 2010, **Anexo RL-14**, párrs. 335-337.

308 *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* (Caso CIADI No ARB/05/8) Laudo, 11 de septiembre de 2007, **Anexo RL-10**, párrs. 332-333 (Énfasis en el original).

expectativas legítimas pueden surgir únicamente de compromisos o promesas especificas hechas al inversor respecto del mantenimiento inalterado de los aspectos esenciales del marco regulatorio. Como dijo el tribunal en *EDF c. Rumania*:

> The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.
>
> Further, in the Tribunal's view, the FET obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors[309].

188. En el mismo sentido falló el tribunal en *AES c. Hungría* en un asunto relativo a generación de electricidad. En *AES* las demandantes se quejaban de que la adopción de dos decretos que cambiaban el régimen existente y establecían precios controlados había frustrado sus expectativas y violado el estándar de trato justo y equitativo. En las palabras del tribunal:

> A legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts.
>
> [...]
>
> In this case, however, the Tribunal observes that no specific commitments were made by Hungary that could limit its sovereign right to change its law (such as a stability clause) or that could legitimately have made the investor believe that no change in the law would occur.

309 *EDF Services (limited) v. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13) Laudo, 8 de octubre de 2009, **Anexo RL-13**, párrs. 217-218.

> [...]
>
> In these circumstances, absent a specific commitment from Hungary that it would not reintroduce administrative pricing during the term of the 2001 PPA, Claimants cannot properly rely on an alleged breach of Hungary's Treaty obligation to provide a stable legal environment based on the passage of Act XXXV and the Price Decrees. This is because any reasonably informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the times[310].

189. TGH cita el laudo en *Total c. Argentina* para respaldar su posición de que "no es necesaria ninguna garantía específica para que se configure una violación del estándar de trato justo y equitativo"[311]. Pero, como los laudos citados arriba, el tribunal en *Total* también afirmó el requisito de los compromisos específicos:

> [S]ignatories of BITs do not thereby relinquish their regulatory powers nor limit their prerogative to amend legislation in order to adapt it [..] [E]l régimen legal vigente en el país anfitrión al momento de la inversión no está *per se* cubierto por una "garantía" de estabilidad por el simple hecho de que el país anfitrión celebró un TBI con el país del inversor extranjero. Se requiere una disposición específica en el TBI mismo o alguna "promesa" del país anfitrión a este efecto para convertir dicha expectativa en legítima […] Las declaraciones efectuadas por el país anfitrión son exigibles y justifican que el inversor se ampare en ellas únicamente cuando han sido realizadas respecto de un inversor particular; […] las disposiciones legislativas, reglamentaciones de naturaleza unilateral o administrativas, que son de alcance general, no pueden ser interpretadas como compromisos específicos inmunes a cambios subsiguientes de la legislación aplicable. [...]
>
> A la luz de los principios anteriormente expuestos, el Tribunal disiente de los argumentos de Total en cuanto a que el régimen legal (las normas sobre precios) que la Argentina modificó hubiera sido objeto de una "promesa" de la Argentina, que era vinculante para ella y en la que Total tenía

310 *AES Summit Generation Limited e AES-TISZA ERÖMÜ KFT c. Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22) Laudo, 23 de septiembre de 2010, **Anexo RL-24**, párrs. 9.3.29, 9.3.31, 9.3.34.

311 Memorial de Réplica, párrs. 258 y 260, 263.

> derecho a confiar ("expectativa legítima") como una cuestión de derecho internacional. Resulta irrelevante en este aspecto si los cambios "radicales" de la Ley de Energía Eléctrica que reclama Total también constituyen una violación a la legislación argentina y/o representan un ejercicio de las facultades de la Secretaría de Energía en exceso de las disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica[312].

190. TGH también se refiere al laudo en *Suez c. Argentina*[313]. Es remarcable como TGH está dispuesta a suprimir la parte de la cita que no le conviene pues desmiente completamente su posición. Dice TGH que el tribunal en el caso *Suez c. Argentina* hizo especial hincapié en que la Demandante "concedi[ó] gran importancia al régimen de tarifas [de Guatemala] … y [al] marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello"[314]. Se dice que esta es una cita del laudo *Suez*. Pero nótese que parte suprime TGH del pasaje (la parte subrayada):

> [L]as Demandantes concedieron gran importancia al régimen de tarifas estipulado en el Contrato de Concesión y en el marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello.

191. La parte suprimida por TGH es fundamental. En todos los casos argentinos relativos a la legislación de emergencia que abolió los regimenes tarifarios de los servicios públicos, los tribunales han basado el concepto de expectativas legítimas en los "compromisos específicos" que resultaron de la inclusión de los elementos fundamentales del marco regulatorio en los contratos de concesión (que incorporaban por ejemplo todos los principios aplicables a la revisión tarifaria), en las bases de la licitación por la cual los inversores adquirieron sus participaciones en las compañías locales, las circulares aclaratorias que el Gobierno envió a los inversores ante sus preguntas específicas sobre revisiones tarifarias, etc.

---

312 *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1) Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, **Anexo CL-70**, párrs. 309, 310. *Ver también* párrs. 117, 119, 120 respecto a las medidas relativas al sector del gas.

313 Memorial de Réplica, párr. 259.

314 *Ibid*, párr. 263 citando *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párr. 212.

192. Por ejemplo, el párrafo completo de donde TGH extrae la cita de arriba dice así:

> El Contrato de Concesión y el marco jurídico de la Concesión arriba descritos cumplen claramente las condiciones propuestas en los casos a los que acaba de hacerse referencia. Establecen las condiciones ofrecidas por la Provincia a la fecha en que las Demandantes realizaron su inversión; no fueron establecidos unilateralmente, sino en virtud del acuerdo celebrado por las autoridades provinciales y las Demandantes, y tenían existencia real y eran exigibles. Al igual que todo inversor racional, las Demandantes concedieron gran importancia al régimen de tarifas estipulado en el Contrato de Concesión y en el marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello. La importancia del régimen tarifario quedó de manifiesto aun antes de que tuviera lugar la licitación, como lo demuestran, *inter alia*, las circulares aclaratorias emitidas por la Provincia en respuesta a las cuestiones planteadas por los licitantes sobre los términos del Artículo 11.4.4.2 del Contrato Modelo en lo relativo a revisiones de tarifas, en particular con respecto a modificaciones cambiarias y de costos financieros. Más tarde, esas modificaciones se incluyeron en el Contrato de Concesión, documento que ciertamente encierra las legítimas expectativas de las Demandantes, así como las de Argentina. En vista del papel cardinal que el Contrato de Concesión y el marco jurídico de la Concesión dieron al establecimiento de la Concesión, y el cuidado y la atención que la Argentina dedicó a la creación de ese marco, las expectativas de las Demandantes de que Argentina hubiera de respetar el Contrato de Concesión a lo largo de los 30 años de vida de esta última eran legítimas, razonables y justificadas. Fue confiando en ese marco jurídico que las Demandantes invirtieron fondos considerables en la Provincia de Santa Fe. Y no cabe duda de que la Provincia reconoció, a la fecha en que otorgó la Concesión a las Demandantes, que sin esa creencia en la confiabilidad y estabilidad del marco jurídico, las Demandantes nunca habrían accedido a invertir en el sistema de agua y desagües cloacales de Santa Fe, así como tampoco lo habría hecho, a decir verdad, ningún inversor[315].

193. Por lo tanto, lejos de apoyar su posición, esta decisión es contraria a TGH. El tribunal en *Suez* dio importancia "crucial" a las garantías expresamente contenidas en el contrato de

315 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Responsabilidad, 30 de julio de 2010, **Anexo RL-17**, párr. 212. (Énfasis añadido).

concesión y no basó su conclusión de expectativas simplemente en la reglamentación aplicable.

194. Mas recientemente, en el laudo *EDF y otros c. Argentina* relativo también al impacto de las medidas de emergencia argentinas sobre una concesión para transmisión y distribución de electricidad, se consideró que Argentina había violado la regla de trato justo y equitativo al no haber respetado "specific commitments" relativos al cálculo de las tarifas en dólares. Según en tribunal:

> Had the provisions in the Currency Clause [of the Concession Contract][316] not existed, pesification and failure to restore the economic balance might not have figured as unfair and inequitable treatment[317].

195. Otros laudos, la mayoría citados selectivamente por TGH, también se refieren a compromisos específicos contenidos en los contratos de concesión, y no exclusivamente a la regulación, como fuente de expectativas legítimas[318]. La doctrina también es clara. El Profesor Moshe Hirsh, por ejemplo, explica:

> Investors' expectations created by contractual, semi-contractual arrangements, promissory statements or specific representations may generate 'legitimate expectations' protected by the FET principle. The host state's regulatory measures alone are insufficient in forming legitimate expectations protected by FET clauses[319].

196. En el caso presente, TGH no puede invocar ninguna promesa o compromiso específico que haya sido renegado por Guatemala. Más bien <u>todo lo contrario</u>. Sin perjuicio de que

---

316 *EDF International S.A., SAUR International, León Participaciones Argentinas c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/23) Laudo, 11 de junio de 2012, **Anexo RL-30**, párr. 81.

317 *Ibid*, párr. 1010. La "Currency Clause" era parte del Sub-Anexo 2 del Contrato de Concesión. *Ver* párr. 81.

318 *Ver*, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 133, 277; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párrs. 119-120; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/17) Laudo, 21 de junio de 2011, **Anexo RL-31**, párrs. 320-325.

319 M. Hirsch, "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law" (2011) 12:6 The Journal of World Trade Investment and Trade 783, **Anexo RL-25,** pág. 784.

en este caso no ha habido ninguna modificación de ninguna premisa básica del marco regulatorio, vale la pena recordar que en los Contratos bajo los que opera EEGSA, EEGSA, y por lo tanto TGH, se acepta plenamente todos los cambios legislativos y reglamentarios:

> [S]e obliga a cumplir con todas las disposiciones previstas en la Ley General de Electricidad y su Reglamento o modificaciones que estos sufran y demás reglamentos y normas que sean de aplicación general […][320].

197. Cabe preguntarse cuales son las expectativas legítimas que TGH dice tener y de cuales compromisos específicos otorgados por Guatemala surgirían. Es curioso que en todo el Memorial de Réplica no hay ninguna descripción o enumeración de dichas expectativas.

198. Ahora bien, en su sección sobre expectativas legítimas TGH da un solo y único fundamento relativo a tales expectativas sobre el régimen tarifario:

> *Memorándum de Venta*: analizaba, entre otros, el régimen de cálculo de tarifas y el rol de la Comisión Pericial y señalaba que "los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería", pero 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"[321].

199. Es decir, todas las expectativas que TGH dice tener, respecto las facultades supuestamente limitadas de la CNEE y el papel vinculante de la Comisión Pericial, se reducen a un Memorándum de Venta, preparado por un banco varios años antes de su constitución como empresa, que dice que "los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería", y que la CNEE "revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de

---

320 Contrato de Autorización para los Departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo C-31**, Cláusula 20; Contrato de Autorización Definitiva de Distribución de Energía Eléctrica para los Departamentos de Chimaltenango, Santa Rosa y Jalapa, 2 de febrero de 1999, **Anexo R-20**, Cláusula 20 (Énfasis añadido).

321 Memorial de Réplica, párr . 264.

discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias".

200. Nótese como estas frases del Memorándum de Venta nada dicen sobre que las facultades de la CNEE en materia tarifarias sean limitadas y que la Comisión Pericial tenga poderes decisorios vinculantes, ni tampoco sobre que sea ésta quien apruebe los estudios tarifarios. Al contrario, el Memorándum es claro al respecto a las facultades de la CNEE para aprobar los estudios del VAD y fijar las tarifas[322].

201. TGH parece alegar que entendió de esta documentación, y del marco regulatorio en general, que el dictamen de la Comisión Pericial era vinculante y la CNEE no podía descartar el informe del consultor del distribuidor. Sin embargo, Guatemala no puede hacerse responsable de que TGH (o más bien, otra compañía del grupo Teco) al parecer interpretó el marco regulatorio en modo totalmente equivocado. No hubo ningún compromiso específico de ningún órgano de Guatemala respecto a que el marco jurídico pudiera interpretarse en el modo como lo hace TGH en este arbitraje.

202. Las expectativas de TGH tampoco pueden haberse fundado en el marco regulatorio, dado que no hay nada en el mismo que sostenga sus pretendidas expectativas Nótese además que, a pesar de que TGH alegó que el grupo Teco había efectuado un proceso de *due diligence* sobre el marco regulatorio guatemalteco[323], cuando Guatemala solicitó la documentación de dicho *due diligence* en su solicitud de documentos[324], TGH no presentó ni un solo documento, ni relativo al *due diligence* supuestamente realizado cuando invirtió en 2005, ni tampoco de 1998 cuando entraron en EEGSA otras

---

322 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, pág. 55, donde se explica:

> Las funciones básicas de la [CNEE] son, entre otros, […] fijar las tarifas que determina la ley […]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico. Las funciones básicas de la Comisión son: (1) hacer cumplir la Ley […], (4) regular las tarifas de transmisión y distribución […].

323 TGH argumentó que "[a]demás de analizar el marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para el sector de la electricidad, TECO realizó un exhaustivo proceso de *due diligence*". Memorial de Demanda, párr. 59. *Ver también* Gillette, **Apéndice CWS-5**, párr. 8.

324 *Ver* Carta de Freshfields a White & Case de 7 de noviembre de 2011, **Anexo R-142**, Documentación A.2.

compañías del grupo[325]. Parece extraño que una compañía norteamericana de esta sofisticación no buscara asesoría jurídica al hacer una inversión de esta magnitud.

203. A pesar de esto TGH insiste que "[l]a Demandante necesariamente tenía expectativas en el momento de realizar su inversión, que derivaban del marco legal y regulatorio". Entonces, cabe preguntarse: ¿Qué entendió TGH respecto del artículo 4(c) de la LGE que dispone que "la CNEE tiene la función de: […] c) Definir las tarifas de transmisión y distribución, […] así como la metodología para el cálculo de las mismas"? ¿Y sobre el artículo 60 de la LGE que establece que la CNEE aprueba "los costos propios de la actividad de distribución" (el VAD)? ¿Y el artículo 61 de la LGE que reza "las tarifas […] serán determinadas por la Comisión a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía […] con los componentes de costos eficientes de distribución" (el VAD)? ¿O respecto al artículo 71 de la LGE que dispone "las tarifas serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución, y del Valor Agregado de Distribución –VAD-"? ¿Y qué opinó sobre el artículo 82 del Reglamento ("los costos de suministro para el cálculo de las Tarifas Base y por cada nivel de tensión, serán aprobados por la Comisión")? ¿Se preguntó qué significaba el artículo 83 del Reglamento, que dice que "no se incluirán como costos de suministro […] costos que a criterio de la Comisión [CNEE], sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad"? ¿Le planteó alguna duda el artículo 92 del Reglamento que establece que los estudios tarifarios "deberán ser aprobados por la Comisión"? ¿Y el artículo 99 del Reglamento que reza "una vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la Comisión procederá a fijar las tarifas definitivas"? ¿Sobre qué base creyó que el artículo 75 de la LGE al decir "la Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias", estuviera instituyendo un tribunal de arbitraje cuya

325 Nótese además que de acuerdo al procedimiento de oferta pública de las acciones de EEGSA, las empresas interesadas podían realizar consultas o pedir aclaraciones respecto del marco regulatorio aplicable a la actividad. Teco no consideró necesario efectuar consulta u observación alguna respecto del rol del regulador y/o sus poderes y atribuciones. Tampoco efectuó consulta alguna referida al rol de la Comisión Pericial, la naturaleza de su pronunciamiento o el procedimiento a seguirse luego de emitido tal pronunciamiento (*ver* Memorial de Contestación, párr. 228)

decisión tuviera efectos vinculantes sobre la aprobación del estudio tarifario del distribuidor?

204. Parece que TGH no se preguntó nada de todo esto. Si lo hizo, de lo cual no hay ninguna evidencia, y si al hacerlo entendió que las facultades de CNEE eran limitadas y la Comisión Pericial tenía un papel vinculante en la aprobación del VAD, entonces estaba materialmente equivocada, puesto que el marco regulatorio no dice nada de esto, sino todo lo contrario[326]. Sea como sea, TGH no puede responsabilizar a Guatemala por dicha equivocación. Guatemala no le dio ningún compromiso específico que apoye la interpretación que TGH hace del marco regulatorio.

b. El estándar de tratamiento justo y equitativo censura sólo derogaciones fundamentales del marco regulatorio en contra de expectativas legítimas, que no han existido en este asunto

205. TGH no dice nada respecto al argumento de Guatemala de que la doctrina de las expectativas legítimas, no solo requiere compromisos específicos para que se formen tales expectativas (que aquí no hay), sino que la frustración de dichas expectativas exige que el marco jurídico haya sido derogado en lo fundamental, lo cual tampoco se ha dado aquí. TGH simplemente ignora la cuestión.

206. Sin embargo, vale la pena repasar este aspecto de la doctrina de las expectativas legítimas puesto que TGH cita laudos que han establecido este principio, pero TGH parece no haberse dado cuenta. Se trata de los asuntos relativos a la legislación de emergencia argentina de 2002. En estos casos los demandantes se quejaban de la destrucción fundamental del marco regulatorio y contractual del sector de los servicios públicos en Argentina por medio de la legislación de emergencia, incluyendo el servicio de transmisión y distribución de electricidad. En concreto, Argentina había abolido legislativamente las disposiciones sobre el cálculo de las tarifas en los servicios públicos y su revisión en caso de devaluación e inflación. Como se puede observar, se trata de un escenario mucho más grave que el presente. La reclamación de TGH concierne una

326 Ver párrs. 113-117 arriba.

controversia sobre la interpretación y alcance de ciertos derechos del distribuidor (y del regulador) en el contexto de una revisión tarifaria, y no su abolición.

207. Pues bien, todos los laudos que han sido emitidos sobre estos asuntos ilustran que las medidas que pueden frustrar las expectativas legítimas del inversor son aquéllas que derogan en marco jurídico en lo fundamental. En *CMS*, por ejemplo, el tribunal dijo:

> Las medidas de que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica. El análisis anteriormente hecho acerca del régimen tarifario y su relación con el patrón dólar y sus mecanismos de ajuste, demuestra inequívocamente que esos elementos ya no están presentes en el régimen que regula las actividades de negocios del Demandante.
>
> […]
>
> El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos[327].

208. En la misma línea, en *LG&E c. Argentina*, el tribunal estimó que Argentina había violado la regla de trato justo y equitativo por las derogaciones fundamentales del marco regulatorio y contractual, frustrando las expectativas legítimas del inversor:

> Específicamente, fue injusto e inequitativo sancionar una ley revocando la garantía […] relativa al cálculo de las tarifas en dólares americanos para luego ser convertidos a pesos. […]
>
> Argentina actuó de manera injusta e inequitativa cuando prematuramente abandonó el sistema de ajuste de tarifas por PPI y congeló las tarifas […] se rehusó a reasumir los ajustes, […] Los antecedentes han demostrado que el ajuste por PPI,

327 *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo, 12 de mayo de 2005, **Anexo CL-17**, párrs. 275, 277 (Énfasis añadido).

> que inicialmente sólo iba a ser pospuesto, fue abandonado por completo y luego derogado mediante "negociación".
>
> […]
>
> Asimismo, la Resolución N° 38/02, publicada el 9 de marzo de 2002, en la cual se ordenó a ENARGAS suspender todas las revisiones de las tarifas y abstenerse de hacer cualquier ajuste de tarifas o precios, constituye una violación del estándar del trato justo y equitativo.
>
> […] en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas[328].

209. Del mismo modo podemos citar el laudo *BG Group c. Argentina*:

> Argentina […] alteró completamente el entorno legal y comercial con la adopción de medidas radicales, comenzando en 1999 […] La derogación por parte de Argentina del régimen de tarifas, del mecanismo de ajuste y de la aplicación del dólar estaba y está en contradicción con el Marco Regulatorio y con los compromisos específicos otorgados por Argentina, en los cuales BG se basó cuando decidió realizar la inversión. Con ello, Argentina violó los principios de estabilidad y previsibilidad inherentes al principio de trato justo y equitativo.
>
> […]
>
> […] la Ley de Emergencia y la legislación posterior se promulgaron para promover un nuevo pacto con las licenciatarias, impidiendo la aplicación y ejecución del Marco Regulatorio original. […]
>
> En resumen, […] Argentina modificó fundamentalmente el Marco Regulatorio de inversiones […][329].

---

328 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1) Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, **Anexo CL-27**, párrs. 134, 136, 138-139 (Énfasis añadido).

329 *BG Group Plc. c. República Argentina* (Caso CNUDMI) Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, **Anexo CL-9**, párrs. 307, 309-310 (Énfasis añadido).

210. Así pues, está claro que son solo alteraciones fundamentales del marco jurídico las que son censuradas por la regla de trato justo y equitativo. No hay una violación de expectativas legítimas en un caso en el que a lo sumo habría (si TGH tuviera razón, que no la tiene) un incumplimiento de la regulación. Tampoco cuando a lo sumo haya habido reformas parciales del marco regulatorio que no hayan derogado o abolido las premisas básicas de la regulación.

211. Las únicas reformas de la regulación que se produjeron en este caso fueron las relativas a los artículos 98 y 98 bis del Reglamento. Estas modificaciones no alteraron la sustancia del marco legal original ni la naturaleza, las atribuciones o el rol de la CNEE, como parece alegar TGH[330].

212. La reforma del artículo 98 del Reglamento ha sido analizada arriba[331]. Respecto del artículo 98 bis, como se ha explicado en la Contestación y se refiere más abajo, este artículo colmaba una laguna de la regulación y más importante aún, TGH reconoce[332] que la CNEE desistió expresamente de aplicarlo durante la revisión tarifaria de 2003[333]. Hasta ese momento, el mecanismo de la Comisión Pericial podía quedar bloqueado si las partes (la CNEE y el distribuidor) no se ponían de acuerdo sobre el tercer integrante de la Comisión Pericial. La reforma dispuso que las partes debían proponer tres candidatos cada uno que reunieran ciertos criterios de independencia respecto de las partes. Si no hubiera acuerdo, sería el Ministerio de Energía y Minas el que realizara el nombramiento de entre las personas indicadas por las partes.

213. Esta reforma no contradice los principios de la LGE, entre otras cosas porque la función de la Comisión Pericial es de orden técnico y auxiliar de la CNEE, que es órgano decisor. En cualquier caso, se reitera, el artículo 98 bis no fue aplicado a EEGSA en el caso presente, por lo que no pudo causarle agravio.

---

330 Memorial de Réplica, párrs. 239, 240.

331 Ver Sección I.A.2.b.

332 Memorial de Demanda, párr. 135.

333 Memorial de Réplica, párrs. 74, 354; Memorial de Demanda, párr. 135.

V. TAMBIÉN SUBSIDIARIAMENTE, LA DISPUTA PLANTEADA POR TGH CARECE DE TODO MERITO FÁCTICO Y ECONÓMICO

A. AL PLANTEAR SU RECLAMO TGH APLICA SELECTIVAMENTE EL MARCO REGULATORIO ELÉCTRICO EN VEZ DE ANALIZARLO INTEGRALMENTE

214. En su Contestación, Guatemala explicó que uno de los objetivos de la privatización del sector de distribución eléctrica en Guatemala a mediados de los años '90 fue despolitizar el proceso de fijación de las tarifas del sector eléctrico[334]. Con ello en mente, el nuevo marco regulatorio estableció un cuidadoso equilibro entre los intereses de los operadores privados del sector y la natural necesidad del Estado de estar presente en la regulación de un servicio público esencial como lo es la distribución de electricidad. Guatemala señaló asimismo en su Contestación que el reclamo de TGH ignoraba por completo un análisis del marco regulatorio en su conjunto, en particular, respecto de la distribución de potestades entre los distintos actores del sector eléctrico de acuerdo al marco regulatorio[335]. También se refirió Guatemala al análisis distorsionado que TGH efectuó del sistema de empresa modelo, piedra basal de la regulación del servicio de distribución[336].

215. En su Memorial de Réplica, TGH presenta una descripción distorsionada del marco regulatorio. Sigue evitando analizar las cuestiones relevantes e insiste en cambio con un análisis casuístico y parcial del marco regulatorio, con el fin de intentar justificar el irregular accionar de EEGSA y su consultora Bates White durante la revisión tarifaria de 2008, e intentar limitar las facultades que la LGE asignó al ente regulador en dicho contexto. En esencia, TGH pretende presentar al sistema regulatorio de la LGE como un mecanismo en el cual el organismo regulador carece de cualquier poder efectivo para cumplir y hacer cumplir la ley, y en el cual las tarifas pueden ser “negociadas” con el regulador. El análisis de TGH ignora que la distribución de electricidad es un servicio

334 Memorial de Contestación, párr. 159.

335 *Ibid*, párr. 138.

336 *Ibid*.

público esencial que se desarrolla en el marco de un monopolio natural[337], y que por tanto requiere regulación y adecuado control del Estado.

1. El análisis de TGH ignora la atribución de facultades y obligaciones que el marco regulatorio eléctrico establece para la CNEE

a. La creación de la CNEE como órgano técnico e independiente para la regulación del sector eléctrico fue central al nuevo sistema regulatorio

216. Guatemala demostró en su Memorial de Contestación que la creación de la CNEE en el marco de la reforma del sector eléctrico tuvo como objetivo establecer un ente regulador de carácter técnico (y no político) que se encargaría de determinar las tarifas con arreglo a disposiciones legales claras y de aplicación general[338]. Ello implicaba un cambio radical frente al sistema anterior, donde no existía un regulador y las tarifas eran en la práctica definidas por el Presidente de la República en base a sus propios criterios, según le autorizaba el artículo 1520 del Código Civil[339]. Los Considerandos de la LGE dejaron claro que el objetivo principal al instituir la figura del regulador fue el de crear una "una comisión técnica, calificada, elegida entre las propuestas por los sectores nacionales más interesados en el desarrollo del subsector eléctrico"[340]: (i) las universidades; (ii) el Ministerio de Energía y Minas; y (iii) los agentes el mercado mayorista, incluyendo a los distribuidores de electricidad (tales como EEGSA)[341].

217. Dentro del esquema previsto por la LGE se preveía que el órgano técnico regulador debía contar con la necesaria independencia en el ejercicio de sus atribuciones. Así, la

---

337 Tal como explica el Ing. Colom, "la actividad de distribución de energía eléctrica en Guatemala constituye un monopolio natural, debido a las características propias del servicio, ya que una sola empresa logra satisfacer la demanda del mercado a un costo unitario menor que en un esquema donde coexisten dos o más compañías en competencia libre". Declaración de Testigo Carlos Eduardo Colom Bickford, Presidente de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala, 24 de enero de 2012 (en adelante ***Colom I***), **Apéndice RWS-1**, párr. 28-29.

338 Memorial de Contestación, párrs. 149-150, 155, 159. *Ver* Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República de Guatemala, Dictamen favorable al proyecto de Ley General de Electricidad, 19 de septiembre de 1996, **Anexo R-8**, pág. 2 del Dictamen..

339 Memorial de Contestación, párr. 149.

340 LGE, **Anexo R-8**, pág. 1, último considerando..

341 *Ibid*, artículo 5; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 30(d) y (e). Para fortalecer su independencia, los miembros del Directorio son renovados cada cinco años y su período no coincide con el del Presidente de la República (Memorial de Contestación, párr. 60).

LGE destacó este atributo en el artículo mismo de creación de la CNEE, su artículo 4, donde se estableció que "La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones […]"[342]. Con el fin de reforzar la independencia de la CNEE, en el Reglamento se aclaró, además, que la CNEE contaría con su propio presupuesto, lo que le dio asimismo independencia económica[343]. Al analizar el recurso de amparo presentado por EEGSA contra el pliego tarifario fijado por la CNEE en 2008, la Corte de Constitucionalidad destacó el papel institucional de la CNEE dentro del nuevo esquema regulatorio de la LGE, en contraposición al sistema que había regido antes de la LGE, en los siguientes términos:

> Debe tenerse presente que al ya no ser aplicable para el caso de las tarifas de servicio eléctrico el artículo 1520 del Código Civil […] que facultaba al Organismo Ejecutivo para fijar determinadas tarifas […] esta atribución ahora le corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que no está integrada unilateralmente por el Ejecutivo, sino, conforme un sistema de designación plural de la sociedad, los tres miembros que la componen serán nombrados "de entre cada una de las ternas, no de cada terna, que serán propuestas por: 1) los Rectores de las Universidades del país; el Ministerio [de Energía y Minas] y de los agentes del mercado mayorista (artículo 5 LGE) […][344].

218. En su Memorial de Réplica, TGH sostiene que para despolitizar la determinación de las tarifas del sector sin embargo, se "requería de más que la simple creación de la CNEE como organismo regulador técnico" y que también necesitaba la consagración de un nuevo marco legal y regulatorio que aportara "seguridad jurídica" e impidiera la interferencia arbitraria del Gobierno[345]. Señala asimismo TGH en el Memorial de Réplica que el hecho de que la LGE estableciere la "independencia funcional" en vez de la "independencia estructural" de la CNEE en el ejercicio de sus funciones, implicaba que la CNEE quedaba sujeta al control del MEM, que podía modificar sus

---

342 LGE, **Anexo R-8**, artículo 4; Diario de las Sesiones del Congreso de la República, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-9**, pág. 112 (Énfasis añadido).

343 En el artículo 29 del Reglamento se estableció que "La Comisión tendrá independencia funcional, su propio presupuesto y fondos privativos […]". Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 29 (Énfasis añadido).

344 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 23-24.

345 Memorial de Réplica, párr. 15.

resoluciones[346]. Como se demuestra a continuación, el análisis de TGH se basa en una interpretación forzada y errónea del texto y del espíritu de la LGE[347].

219. TGH comienza refiriéndose al estudio de diagnóstico para la reforma del sector eléctrico de Guatemala preparado en 1993 por los ingenieros chilenos Bernstein y Descazeaux, para alegar que estos expertos identificaron la necesidad de impedir la interferencia arbitraria del Gobierno en la fijación de tarifas[348]. TGH refiere a la recomendación de Bernstein y Descazeaux de crear un "Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas" a los efectos de "supervisar" un estudio tarifario externo y que la resolución de controversias "pueda ser sometida a tribunales arbitrales designados por las partes"[349]. En base a ello, TGH destaca que Bernstein y Descazeaux "no recomendaron la creación de un organismo regulatorio técnico con discreción para fijar las tarifas y determinar el VAD de la distribuidora" sino que recomendaron que las diferencias surgidas en torno de las tarifas fueran resueltas por "tribunales arbitrales"[350]. Esto es incorrecto. Como se explica a continuación, si bien la LGE recogió en su espíritu la recomendación de Bernstein y Descazeaux de evitar la interferencia política en la fijación tarifaria, la técnica legislativa empleada a tal fin en la LGE -dictada varios años después de dichas recomendaciones- fue distinta a la que habían propuesto los expertos chilenos.

220. En efecto, TGH ignora en su análisis el hecho evidente de que cuando el legislador guatemalteco adoptó la LGE, el texto final reflejó importantes diferencias con las recomendaciones de Bernstein y Descazeaux. Así, en vez de formar un Comité "político" de los Ministerios de Hacienda y Energía tal como habían recomendado los expertos chilenos, la LGE estableció un organismo técnico e independiente con potestades y obligaciones concretas en el proceso de fijación de tarifas, como resultó ser

346 *Ibid*, párrs. 19, 23, 27.

347 *Ver también* Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 4, 5, 12-17.

348 Memorial de Réplica, párr. 17; JS Bernstein y JJ Descazeaux, "Restructuring the Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms: Final Report", junio de 1993, **Anexo R-3**.

349 Memorial de Réplica, párr. 17.

350 *Ibid*.

la CNEE[351]. Así lo confirma el Lic. Aguilar, quien explica que la LGE no recogió las recomendaciones de Bernstein y Descazeaux[352] en el sentido de "considerar una intervención específica […] por parte de una entidad gubernamental ad-hoc, por ejemplo un Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas de nivel superior a los efectos de supervisar un estudio de tarifas externo […]"[353]. Asimismo, el carácter técnico e independiente de la CNEE (que evidentemente una "entidad gubernamental ad-hoc" no hubiera tenido) significó que las facultades y obligaciones de la CNEE en la LGE fueron mucho más allá de la mera tarea de "supervisar" los estudios tarifarios[354]. Tal como explica el Lic. Aguilar, bajo la LGE, la CNEE fue concebida como la piedra basal del sector eléctrico, con independencia funcional y económica y asignándosele un cúmulo de facultades, incluyendo en particular la de definir la metodología de cálculo y las tarifas en sí mismas (ver abajo en párrafos 225 y ss)[355].

221. Finalmente, la LGE no estableció "tribunales arbitrales" para resolver controversias, tal como habían sugerido Bernstein y Descazeaux. En cambio, la LGE previó la formación de una Comisión Pericial, para que, en tanto que integrada por "peritos", sirviere para informar la decisión de la CNEE, órgano que por mandato legal tiene la potestad de fijar las tarifas[356]. Tal como surge del lenguaje del artículo 75 que finalmente se adoptó en la LGE y como explica el Lic. Aguilar, la Comisión Pericial no constituye un tribunal arbitral, ni su función, conforme al artículo 75 de la LGE, es la de resolver controversias[357].

---

351 Memorial de Contestación, párrs. 149-150, 155, 159. La LGE dispone que el Directorio de la CNEE se debe componer de profesionales universitarios especializados en la materia eléctrica y de reconocido prestigio LGE, **Anexo R-8**, artículo 5, segundo párrafo. Sobre la independencia de la CNEE, ver abajo en párrafos 225-227.

352 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 7, 8.

353 JS Bernstein y JJ Descazeaux, "Restructuring the Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms: Final Report", junio de 1993, **Anexo R-3**, pág. 34.

354 *Ver* Memorial de Contestación, párr. 171.

355 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párrs. 4-6, 11-18, 25, 26.

356 LGE, **Anexo R-8**, artículo 75.; Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 32, 37, 40-41, 44.

357 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 41, 43. *Ver también* párrs. 428 y ss abajo.

222. Vale la pena detenerse en la referencia a la "comisión pericial" que efectúa el artículo 75 de la LGE[358] (en vez de los "tribunales arbitrales" que sugerían Bernstein y Descazeaux en sus recomendaciones) puesto que es particularmente ilustrativa de la voluntad del legislador en relación con las facultades que se preveían para la CNEE en la LGE. El proyecto original de la LGE, preveía por un lado el actual artículo 75 refiriendo a una "comisión pericial", y por otro, contenía dos provisiones que explícitamente referían a procesos llamados "de arbitraje". Una de ellas preveía un completo proceso de arbitraje previsto para la resolución de ciertas disputas relacionadas con servidumbres, que en seis artículos regulaba con un alto grado de detalle su trámite, incluyendo la designación de árbitros y tercer miembro, y los requisitos que éstos debían cumplir, la descripción del procedimiento, el contenido de la resolución del tribunal, los posibles recursos contra la resolución, etc[359]. Además de este proceso, el proyecto de ley original contempló un segundo proceso de "arbitraje", en este caso, para resolver disputas entre los participantes del Mercado Eléctrico Mayorista[360]. Es claro entonces que, cuando los autores del proyecto de la LGE (y por extensión, el legislador cuando aprobó la LGE) quisieron incluir un procedimiento de arbitraje en la ley, lo llamaron por su nombre: arbitraje. Si su intención hubiese sido que la Comisión Pericial del actual artículo 75 de la LGE tuviera el mismo alcance, así lo hubiesen dicho. Pero el texto y el contexto del artículo 75 confirman que no fue esa la intención (ver arriba en 139). Ello es consistente, por lo demás, con lo señalado en el Informe de Dúplica del experto Aguilar, quien fue contratado por USAID para asesorar en derecho guatemalteco al Ing. Bernstein durante la preparación del proyecto de ley:

---

358 *Ibid*.

359 USAID, "Proyecto de Ley General de Electricidad y de su Reglamento", 4 de abril de 1995, **Anexo R-6**, arts. 4 a 9 del Anexo al Proyecto titulado Disposiciones Sobre Servidumbres. Esta sección del proyecto no fue incluida en la versión aprobada de la LGE, sino que se le reemplazos por un artículo único (el art. 38) que incorporó por referencia el proceso arbitral establecido en la ley de arbitraje guatemalteca.

360 *Ibid*, artículo 74:

> Los conflictos o divergencias que se produzcan como consecuencia de la aplicación de la ley, este reglamento y el estatuto, serán sometidos a procedimiento arbitral cuando no puedan ser resueltos por el directorio del MM.

> [C]omo asesor jurídico del señor Juan Sebastian Bernstein, que participé directamente en el proceso de redacción de la LGE me permito afirmar, ***con absoluta propiedad***, que no fue la intención de los asesores de la LGE otorgar a la CP las facultades de un tribunal arbitral. Tampoco fue su intención la de otorgarle facultades para la emisión de resoluciones vinculantes para la CNEE o para el distribuidor[361].

223. Menciona también TGH en su Memorial de Réplica el Informe de la Comisión del Congreso que recomendó la aprobación del proyecto de LGE, del cual cita selectivamente algunos pasajes, incluyendo la referencia al objetivo declarado de la LGE de "proporción[ar] certeza jurídica a la inversión pública y privada en el subsector eléctrico" con el fin de evitar las "injerencias políticas"[362]. Ahora bien, TGH omite citar un pasaje fundamental del Informe en cuestión, en donde se describen las funciones y potestades del órgano regulador[363]. Dice el pasaje omitido por TGH:

> […] La propuesta de la Comisión Nacional de Electricidad intervendrá en el estricto marco de sus funciones, que la Ley determina, para que esta se cumpla, para velar por el cumplimiento de las obligaciones […]; definirá aquellas tarifas de transmisión y distribución que por imperativo social deben sujetarse a regulación, estableciendo en todo caso la metodología para el cálculo de las mismas[364].

224. En consecuencia, es claro que ni el informe de Bernstein y Descazeaux ni el informe de la Comisión del Congreso apoyan la posición de TGH que intenta limitar las facultades de la CNEE. Por el contrario, son demostrativos de la intención clara del legislador de crear a la CNEE como un organismo técnico y dotarle de las facultades necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

225. Como se indicó más arriba, TGH se refiere asimismo en el Memorial de Réplica al hecho de que la CNEE, de acuerdo con el texto aprobado de la LGE, "dependerá del

---

361 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párrs. 43 (Énfasis en el original); Memorial de Contestación, párr. 141.

362 Memorial de Réplica, párr. 19.

363 Comisión de Energía y Minas del Congreso de la República de Guatemala, Dictamen favorable al proyecto de LGE, 16 de octubre de 1996, **Anexo R-8**, pág. 2 del Dictamen.

364 *Ibid*.

Ministerio de Energía y Minas", en vez de tratarse de un ente autónomo[365]. Si bien TGH reconoce que la LGE estableció a la CNEE como un ente con "independencia funcional" del MEM, luego indica que "la CNEE depende del MEM y está sujeta a la autoridad jerárquica del MEM"[366]. De allí que según TGH, ello implica que el MEM está facultado para "modificar las resoluciones dictadas por la CNEE"[367]. Si bien la relación jerárquica existe, lo que esto no implica, como tratar de inferir TGH, es que ello anule la "independencia funcional" que el mismo TGH reconoce específicamente se previó para la CNEE en la LGE. Por el contrario, tal como explica el Lic. Aguilar, la inclusión expresa de esta formulación significa que en la práctica el MEM está impedido de interferir en las resoluciones adoptadas por la CNEE[368]. El Lic. Aguilar explica que dicha independencia se refuerza en la LGE a través del proceso de designación de los miembros de la CNNE, del que solamente participa una persona designada por el MEM, mientras que las otras dos personas designadas son propuestas, una por los rectores de las Universidades del país y otra por los Agentes del Mercado Mayorista, que no forman parte de la estructura del poder político, garantizando la independencia de la CNEE del poder político y el equilibrio en sus decisiones, las que son adoptadas por mayoría[369]. Asimismo, como lo explica el Lic. Aguilar, la LGE creó a la CNEE como un ente con independencia económica, que cuenta con su propio presupuesto[370], cuyos ingresos provienen de aplicar una tasa a las ventas mensuales de electricidad de cada empresa de distribución equivalente al punto tres por ciento (0,3%) del total de la energía eléctrica distribuida en el mes correspondiente multiplicado por el precio de kilovatio hora de la tarifa residencia de la Ciudad de Guatemala, y no se originan del fondo común ni dependen del gobierno central. Además, la CNEE dispone libremente sobre sus ingresos, incluso sobre la remuneración de sus miembros y funcionarios[371].

---

365 Memorial de Réplica, párr. 22.

366 *Ibid*, párr. 23; Alegría Réplica, Apéndice **CER-3**, párr. 13.

367 *Ibid*; Alegría Réplica, Apéndice **CER-3**, párr. 14.

368 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 4-5, 13, 15-17.

369 *Ibid*, párrs. 5(b), 11-12.

370 *Ibid*, párrs. 1, 14.

371 *Ibid*, párr. 14.

226. Más importante aún, la propia Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha analizado esta relación CNEE-MEM y destacado que la "independencia funcional" de la CNEE asegura que no exista una "relación de subordinación" con el Ministerio dada la "independencia absoluta de criterio" de sus Directores. Ha dicho la Corte:

> […] En el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica se advierte lo siguiente: a) fue creada por la Ley General de Electricidad […] como un órgano Técnico del Ministerio de Energía y Minas, pero con independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones (artículo 4 de la Ley General de Electricidad); b) tiene encomendadas competencias específicas en materia de electricidad, para que en forma exclusiva y permanente tome decisiones definitivas […]; c) no tiene relación de subordinación con el Ministerio porque se le asignó independencia funcional, toma de decisiones por mayoría de sus miembros e independencia absoluta de criterio de estos últimos en sus funciones (artículo 5); d) tiene asignado presupuesto propio y fondos privativos […][372].

227. Por otra parte, la levedad de este argumento queda en evidencia cuando TGH es incapaz de referir a una sola instancia, en los más de 15 años de existencia de la CNEE, en la que el MEM haya interferido con una resolución de la CNEE. Y ello es simplemente porque jamás ha sucedido. Más aún, TGH no ha aportado evidencia alguna que pusiera en duda la independencia de la CNEE respecto del poder político en general, ya sea antes, durante o después del proceso de revisión tarifaria de EEGSA en 2008. Tampoco se ha molestado TGH en explicar cómo una entidad conformada por dos tercios de nombramientos de los mismos distribuidores – incluyendo EEGSA –, y de las universidades, respondería supuestamente a los intereses del Poder Ejecutivo, que solo cuenta con el derecho a proponer y nombrar uno de tres miembros del Directorio de la CNEE. Guatemala, sin embargo, sí ha aportado prueba en contrario. Como fue explicado en el Memorial de Contestación, la CNEE, junto a EEGSA, ha enfrentado judicialmente al Procurador de los Derechos Humanos y, políticamente, al Presidente de la República,

372 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 13 de junio de 2000, Expediente No. 221-2000, considerando II, **Anexo R-167**, pág XIX-XX; *Ver también*, por ejemplo, Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 30 de mayo de 2000, Expediente No. 222-2000 considerando II, **Anexo R-166**, págs. XXV-XXVI.

en defensa de los aumentos tarifarios otorgados a EEGSA por la CNEE en 2010[373]. Estos hechos desvirtúan cualquier alegación de connivencia de la CNEE con el poder político de Guatemala y confirman su carácter técnico e independiente.

b. TGH no provee ningún fundamento legal para justificar su argumento de que las facultades de la CNEE en el proceso de revisión tarifaria quedarían restringidas

228. En la Contestación, Guatemala explicó de manera exhaustiva la naturaleza de las potestades de la CNEE derivadas de la potestad general establecida en el artículo 4(c) de la LGE, que impone a la CNEE la obligación de dictar la metodología de cálculo para los estudios tarifarios (los términos de referencia) y definir las tarifas de distribución[374]. Dice este artículo:

> 4. La Comisión tendrá […] las siguientes funciones: […]
>
> 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[375].

229. Tal como se indicó más arriba[376], la LGE y el Reglamento recogen el principio del artículo 4(c) de la LGE en varios otros artículos, los cuales reflejan la función clave de la CNEE de definir metodología y tarifas. Así, los artículos 61, 71 y 77 de la LGE establecen:

> Artículo 61: Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía […] con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior. […][377].
>
> Artículo 71: Las tarifas a consumidores finales de Servicio de Distribución final, en sus componentes de potencia y energía,

---

373 Con la misma composición de Directorio que estaba en funciones cuando se realizó la revisión tarifaria 2008-2013 (*Ver* Memorial de Contestación, párr. 452).

374 Memorial de Contestación, párrs. 57, 60, 160-171, 229, 511.

375 LGE, **Anexo R-8**, artículo 4(c) (Énfasis añadido).

376 *Ver* párrafos 113-117.

377 LGE, **Anexo R-8**, artículo 61 (Énfasis añadido).

> serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución, y del Valor Agregado de Distribución -VAD-. […][378].
>
> Artículo 77: La metodología para la determinación de tarifas serán revisadas por la Comisión cada […] (5) años […]. El reglamento señalará los plazos para la realización de los estudios, su revisión, formulación de observaciones […][379].

230. La construcción de la LGE respecto de la potestad/obligación de la CNEE de determinar la metodología de cálculo de la tarifa y las tarifas en sí no es caprichosa sino que recoge una función básica para un ente regulador de naturaleza técnica, que es la de establecer las reglas y procedimientos que deben guiar el cálculo de las tarifas. En línea con ello, la LGE estableció de forma muy precisa los criterios que deben guiar a la CNEE al definir dicha metodología. Tal como explicó Guatemala en su Contestación[380], la CNEE debe garantizar que la tarifa refleje:

- el costo de adquisición de energía y potencia adquirido por los distribuidores sobre la base de precios libremente negociados; y
- el costo de capital y operación de una empresa eficiente, o VAD.

231. Respecto del VAD, en el artículo 71 de la LGE se define precisamente qué costos deben ser aprobados por la CNEE a fin de determinar las tarifas: solo los "costos estándares de distribución de empresas eficientes"[381]. En la misma línea, el Reglamento define específicamente qué costos no deben ser reconocidos[382], otorgándole a la CNEE la

---

378 *Ibid*, artículo 71 (Énfasis añadido).

379 *Ibid*, **Anexo R-8**., artículo 77 (Énfasis añadido).

380 Memorial de Contestación, párrs. 162.

381 LGE, **Anexo R-8**, artículo 60 (Énfasis añadido); *Ver también* RLGE, **Anexo R-36**, artículo 84. (Énfasis añadido).

382 El artículo 83 del Reglamento establece:

> Costos No Reconocidos. No se incluirán como costos de suministro, para el cálculo de las Tarifas Base: los costos financieros, depreciación de equipos, los costos relacionados con las instalaciones de generación que posea el Distribuidor, los costos asociados a instalaciones de alumbrado público, las cargas por exceso de demanda respecto a la contratada que se establezcan en el

discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos[383].

232. En el Memorial de Réplica, TGH parece aceptar las potestades de la CNEE en relación con la determinación de las tarifas cuando reconoce que "la CNEE es el ente regulatorio a cargo del cálculo y la publicación de las tarifas de distribución"[384], e incluso cuando destaca "la facultad amplia de la CNEE de fijar las tarifas de distribución con arreglo al artículo 4(c) de la LGE"[385]. Sin embargo, al mismo tiempo, TGH pretende en el Memorial de Réplica relativizar estas facultades, al indicar que su existencia "no significa entonces *ipso facto* que la CNEE esté facultada para determinar el VAD de la distribuidora y tenga discreción para ello"[386]. De acuerdo con el argumento de TGH, la "amplia" facultad de la CNEE estaría limitada por la tarea que según el artículo 74 de la LGE se asigna al Distribuidor para que calcule los componentes del VAD mediante un estudio realizado por su consultor externo[387]. En línea con ello, TGH intenta minimizar la función de la CNEE en esta cuestión mediante un audaz argumento semántico: al hablar de "[d]efinir las tarifas de [...] distribución", el artículo 4(c) se estaría refiriendo a una suerte de atribución genérica (y para TGH, inmaterial) de la CNEE, lo que dejaría fuera de su alcance el proceso de cálculo del VAD - sin importar, claro, que éste sea uno de los componentes fundamentales de la tarifa de distribución que la CNEE debe calcular[388]. Según, TGH (con cita a su testigo, el Lic. Calleja), respecto del VAD, a la CNEE sólo le corresponde "usarlo" para "estructurar un conjunto de tarifas para cada

---

> Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, todo pago adicional a la potencia convenida en los contratos de compra de potencia, y otros costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad.

RLGE, **Anexo R-36**, artículo 83 (Énfasis añadido).

383 Sobre la aplicación del artículo 83 al proceso de revisión tarifaria ver párrafos 238 y ss.

384 Memorial de Réplica, párr. 29.

385 *Ibid*, párr. 31.

386 *Ibid*.

387 Memorial de Réplica, párr. 30; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 18.

388 *Ibid*; *Ibid* párr. 22.

adjudicatario"[389]. Así, según TGH, al establecerse en la LGE que el "cálculo" del VAD corresponde al consultor precalificado, se está excluyendo a la CNEE de cualquier función en relación con la determinación del VAD. Adicionalmente, TGH niega que el artículo 83 del Reglamento le conceda a la CNEE la responsabilidad de determinar los costos que se incluirán en el VAD. Según TGH, el artículo 83 del Reglamento no se aplica al cálculo del VAD sino a "otros costos no relacionados"[390] como veremos abajo en la Sección I.A.1.a(i)(b) . Como se explica a continuación, los argumentos de TGH contienen graves inexactitudes y caracterizaciones erróneas del marco regulatorio.

(a) El intento de TGH de limitar las facultades de la CNEE respecto del cálculo del VAD es artificioso y contrario a la LGE

233. Cabe empezar por reiterar que Guatemala acepta que la LGE dispone que sea el distribuidor, a través de su consultor, el que realice el estudio tarifario del VAD[391]. Así se establece en el artículo 74 de la LGE, y ello responde al simple hecho de que en principio es el distribuidor quien está mejor posicionado para acceder a la información y documentación necesaria para realizar dicho estudio[392]. Lo que TGH elige ignorar, sin embargo, es que el estudio del consultor del distribuidor debe ser realizado de acuerdo con la metodología definida por la CNEE[393]. El consultor, por lo tanto, no tiene discrecionalidad para calcular el VAD sino que debe hacerlo en cumplimiento de la metodología establecida en los términos de referencia establecidos por la propia CNEE. Tal como explicara el Ing. Colom, "una vez dictados y firmes [los Términos de Referencia], el distribuidor está obligado a ajustar su estudio tarifario a las especificaciones de los Términos de Referencia"[394]. Así lo confirma también el Lic.

389 Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 4; Memorial de Réplica, párr. 31.

390 Memorial de Réplica, párr. 33; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 24-25.

391 Memorial de Contestación, párr. 62, 194. Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 41 y 61; Declaración Complementaria de Testigo Carlos Eduardo Colom Bickford, Presidente de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala, 24 de septiembre de 2012 (en adelante ***Colom Dúplica***), **Apéndice RWS-4**, párr. 7.

392 Memorial de Contestación, párr. 194; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 51.

393 LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c), 74, 77. Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 26-27; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 41 y 61; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4,** párr. 9.

394 Colom, Apéndice **Apéndice RWS-1**, párrs. 41, 61 y 63; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 9.

Aguilar en su informe complementario al explicar que los componentes del VAD no los determina el distribuidor ni tiene facultades para ello[395]. En ese sentido, el Lic. Aguilar afirma que no obstante que el estudio de los componentes del VAD se encomiendan, en principio, a una firma consultora precalificada por la CNEE, la CNEE es la que debe asegurarse que el VAD que finalmente apruebe sea legal[396].

234. El propio artículo 74 de la LGE en el que se basa TGH para este argumento destaca, en su parte final (convenientemente omitida por TGH al citar este artículo en su Réplica) que "[..] Los términos de referencia [es decir, la metodología] de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión, la que tendrá derecho a supervisar el avance de dichos estudios"[397]. Para garantizar dicho cumplimiento, el marco legal le otorga al regulador la facultad de revisar el estudio, realizar observaciones, decidir sobre la procedencia o improcedencia de los estudios del consultor, rechazar costos no apropiados para la actividad o excesivos y aprobar los estudios[398]. La diligencia del control del ente regulador se apoya en el carácter técnico de la CNEE, reforzado por el asesoramiento que ésta recibe de un consultor independiente pre-calificado[399]. Y dicho control debe asegurar que el estudio tarifario (y la tarifa) que de ella surja refleje únicamente: (i) costos eficientes; (ii) no excesivos; y (iii) relacionados con la actividad de distribución de electricidad[400]. Así, todo costo que no respete estas condiciones y que sea incluido por el consultor de la distribuidora en su estudio tarifario debe ser rechazado por la CNEE.

235. TGH no puede seriamente argumentar que al momento de invertir entendió la potestad general de la CNEE establecida en el artículo 4(c) de forma distinta ya que la LGE como

395 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6** , párrs. 21, 62.

396 *Ibid*, párrs. 22, 28, 29.

397 LGE, **Anexo R-8**, arts. 74 (Énfasis añadido); Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párr. 25-26.

398 *Ibid*, arts. 60, 61, 75; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 83, 92, 98, 99.

399 *Ibid*, artículo 5; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98; y J.S. Bernstein "Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución", mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2.

400 RLGE, **Anexo R-36**, arts. 83 y 84. *Ver también* Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 22-23, 29(b).

su Reglamento estaban vigentes al momento en que TGH invirtió en Guatemala[401]. Como se explicó más arriba[402], es evidente que Guatemala no puede ser responsable por la negligencia -admitida por TGH[403]- de no haber efectuado un "*due diligence*" adecuado del marco regulatorio al momento de su inversión.

236. Debe destacarse que la función de la CNEE bajo la LGE en relación con la determinación de las tarifas es una cuestión que ha sido analizada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en sus sentencias que analizaron los recurso de amparo presentados por EEGSA contra el pliego tarifario fijado por la CNEE en 2008. Ha dicho la Corte:

> 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 <u>debe moderar cualquier extralimitación discrecional, puesto que aluden a conceptos verificables</u> 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[404].
>
> […] [S]egún lo disponen la [LGE] así como su respectivo Reglamento, única normativa aplicable dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente, compete a la

401 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 54-55, donde se explica:

> Las funciones básicas de la [CNEE] son, entre otros, […] fijar las tarifas que determina la ley […]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico.

402 Ver párr. 202 arriba.

403 Ver abajo, párrafo 134.

404 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 32 (Énfasis añadido).

> [CNEE], como único ente responsable, la función consistente en la fijación de las tarifas de distribución y la aprobación de los estudios tarifarios […] lo que constituye una función pública […] indelegable[405].

237. En conclusión, el argumento semántico de TGH pretendiendo distinguir las facultades de la CNEE respecto de las "tarifas" de las facultades respecto del "VAD" es inverosímil, dado que vacía de contenido a las varias disposiciones de la LGE que se decantan de la "facultad amplia" del artículo 4(c) y concordantes de la LGE. No es razonable sostener que la LGE ha asignado potestades a la CNEE para definir tanto la metodología de cálculo como las tarifas mismas, y para rechazar los costos no eficientes, para luego quitarle facultades a la hora de revisar si el cálculo de su componente fundamental (el VAD) se ha realizado correctamente, conforme a los Términos de Referencia establecidos por la CNEE[406].

(b) El artículo 83 del Reglamento confiere a la CNEE facultades específicas para rechazar costos excesivos en el marco del cálculo del VAD

238. En su Contestación, Guatemala explicó que entre las facultades asignadas por la LGE a la CNEE, se encuentra la de rechazar costos no apropiados para la actividad o excesivos que se hubieren incluido en el estudio tarifario del consultor[407]. La facultad general en tal sentido está prevista en el artículo 60 de la LGE, y desarrollada en el artículo 83 del Reglamento, tal como se indica abajo:

---

405 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 34 (Énfasis añadido).

406 Nótese que la propia TGH reconoce que el VAD constituye un elemento fundamental dentro de la tarifa en varios pasajes de su Réplica, a saber: "[…] si bien los flujos de efectivo de EEGSA eran negativos, ésta siguió realizando las inversiones necesarias en la red de distribución durante este período tarifario inicial, al prever que sus ingresos y flujos de efectivo registrarían un aumento considerable en la siguiente revisión tarifaria, en la que las tarifas se basarían en un estudio del VAD realizado con arreglo a los criterios consagrados en la LGE y el RLGE"; Memorial de Réplica, párr. 77. (Énfasis añadido). "[…] como resultado de la suba del VAD, en 2004 el retorno de EEGSA sobre el capital invertido se ubicó por primera vez en el rango previsto en el artículo 79 de la LGE"; Memorial de Réplica, párr. 79. "El 1 de agosto de 2003, la CNEE publicó así las nuevas tarifas de EEGSA para el período 2003-2008 basadas en el VAD calculado en el estudio de NERA de conformidad con los artículos 71 a 79 de la LGE . Las nuevas tarifas de EEGSA incluían un incremento notorio en el VAD […]". Memorial de Réplica, párr. 83. (Énfasis añadido).

407 Memorial de Contestación, párr. 166.

> LGE, artículo 60:
>
> […] Los costos propios de la actividad de distribución que apruebe la Comisión deberán corresponder a costos estándares de distribución de empresas eficientes.
>
> Reglamento, artículo 83: Costos No Reconocidos.
>
> No se incluirán como costos de suministro, para el cálculo de las Tarifas Base: los costos financieros, depreciación de equipos, los costos relacionados con las instalaciones de generación que posea el Distribuidor, los costos asociados a instalaciones de alumbrado público, las cargas por exceso de demanda respecto a la contratada que se establezcan en el Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, todo pago adicional a la potencia convenida en los contratos de compra de potencia, y otros costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad[408].

239. En su Memorial de Réplica, TGH argumenta sobre la supuesta inaplicabilidad del artículo 83 del Reglmento al cálculo del VAD, sosteniendo que el artículo no se aplica a los costos relacionados al VAD de la distribuidora sino a "otros costos no relacionados". TGH cita el artículo 71 de la LGE, que define las "Tarifas Base" para los consumidores finales del servicio de distribución final y las calcula como la suma de: (i) el precio ajustado de todas las compras de energía y potencia de la distribuidora (que TGH llama "el primer componente de las Tarifas Base"), y (ii) el VAD (que TGH define como "segundo componente de las Tarifas Base")[409]. Según TGH, el artículo 83 del Reglamento "no le confiere a la CNEE la 'discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos' en el estudio del VAD" ya que los artículos 79 al 90 del Reglamento solo aplicarían al "primer componente de las Tarifas Base" y no al "segundo componente" o sea el VAD.

240. El análisis de TGH es incorrecto y es producto de una lectura equivocada de la LGE y el Reglamento. Debe notarse primeramente que ni TGH ni el Lic. Alegría explican, más allá de la mera alegación, en qué se basan para sostener que los artículos 79 a 90 del

---

408 Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 83. (Énfasis añadido).

409 Memorial de Réplica, párr. 34.

Reglamento sólo aplican a las compras de energía de potencia de la distribuidora (o al "primer componente de las Tarifas Base", según TGH) y no al VAD. Y ello es simplemente porque no existe tal fundamento. De hecho, el Capítulo III del Reglamento, que cubre del artículo 79 al 99, se titula "Precios Máximos de Distribución" y varios de sus artículos, incluido el artículo 83, aplican al cálculo del VAD[410]. Asimismo, como se ha indicado en el párrafo precedente, TGH acepta que la definición de "Tarifa Base" del artículo 71 de la LGE incluye sus dos componentes (compras de energía + VAD). Por lo tanto, es lógico que cuando el artículo 83 se refiere a los costos no reconocidos para el cálculo de la Tarifa Base ("No se incluirán como costos de suministro, para el cálculo de las Tarifas Base […]") está incluyendo los costos no reconocidos del VAD, segundo componente de las Tarifas Base[411]. La falsedad del argumento de TGH también queda en evidencia cuando se comprueba que según el artículo 83, uno de los costos que no se considerará como incluido en el cálculo de la Tarifa Base es la "depreciación de equipos" y los "costos asociados a las instalaciones de alumbrado público", que son conceptos directamente relacionados con la actividad de distribución y que solo tienen sentido si se los considera en relación al estudio del VAD[412].

241. Este argumento de TGH también sorprende porque se trata de un argumento que ha sido claramente preparado para este arbitraje. La CNEE ha venido históricamente refiriendo al artículo 83 del Reglamento como una de las bases para el dictado por parte de la CNEE de la metodología para la realización del estudio del VAD de las distintas distribuidoras (incluyendo en los Términos de Referencia de las revisiones tarifarias de

---

410 Por ejemplo, el artículo 79 del Reglamento, también titulado "Precios Máximos de Distribución", es aplicado para diseñar las estructuras tarifarias, y a través de su punto (b) "Cargo por Potencia de Punta", incluye necesariamente los cargos de distribución (VAD) para media y baja tensión (***CDMT*** y ***CDBT***). Lo contrario implicaría sostener que la tarifa solo cubría los costos de generación y no reconocería el VAD, lo cuál es evidentemente incorrecto. El artículo 79 del Reglamento también hace referencia a su vez a los artículos 77 y 78 de la LGE, los cuales específicamente hacen mención a la metodología para la elaboración del VAD así como a sus fórmulas de ajuste. Por su parte, el artículo 89 del Reglamento "Cálculo y Aplicación de las Tarifas Base" también hace referencia al VAD, toda vez que en el inciso (a), del numeral 2 y 3, se refiere al CDMT y CDBT.

Ver Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 23; Resolución CNEE 145-2008, 30 de julio de 2008, publicada en el Diario de Centro América el 31 de julio de 2008, **Anexo C-273**; Pliego tarifario CNEE-146-2008, **Anexo R-184**; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 79, 89; LGE, **Anexo R-8**, arts. 77, 78.

411 Memorial de Réplica, párr. 34.

412 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 23.

EEGSA en 2003 y 2008[413]) sin que jamás haya recibido ningún comentario por parte de EEGSA o las demás distribuidoras en el sentido de que dicho artículo no aplicaría.

242. En conclusión, contrariamente a lo sostenido por TGH en su Memorial de Réplica, las funciones que la LGE le asigna a la CNEE en el artículo 4(c) y sus artículos concordantes, no pueden transferirse al distribuidor, su consultor o eventualmente a la Comisión Pericial del artículo 75 de la LGE. La artificial interpretación de TGH intentando limitar las facultades de la CNEE no tiene sentido en el contexto de una LGE que previó para ese organismo un carácter técnico e independiente, y en base a ello, le asignó la facultad y obligación de: (i) determinar la metodología de cálculo de las tarifas mediante el dictado de los Términos de Referencia para cada revisión tarifaria; (ii) verificar que los costos a ser reflejados en la tarifa sean eficientes; (iii) no incluir en las tarifas costos que no considere aplicables al sector o razonables; (iv) aprobar los estudios del VAD; y (v) determinar las tarifas en sí mismas.

c. El distribuidor está obligado (y no simplemente facultado) a incorporar las correcciones solicitadas por la CNEE para conformar el estudio tarifario a los Términos de Referencia

243. Guatemala explicó en su Contestación que la LGE prevé que la CNEE defina en forma exclusiva la metodología para el estudio tarifario, la cual es reflejada en los Términos de Referencia que son aprobados mediante una resolución oficial del organismo[414]. Al quedar firmes, los Términos de Referencia son de cumplimiento obligatorio para el distribuidor y su consultor en la preparación del estudio tarifario y no pueden ser modificados, salvo por la CNEE[415]. Una vez que el distribuidor entrega el estudio tarifario a la CNEE, el Reglamento le concede a la CNEE la facultad de "aprobar" o "rechazar" el estudio tarifario si considera que el mismo no se ajusta a la metodología

413 En los Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. Resolución CNEE-88-2002, de 23 octubre de 2002 se aclara que "Estos TdR se soportan principalmente en los artículos […] 83 […] del Reglamento de la Ley General de Electricidad," **Anexo R-25**, artículo A.2.3; Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-200782-86, enero de 2008 **Anexo R-53**, artículo 1.3, donde se dispone que "[...] Los presentes Términos de Referencia se fundamentan en los artículos [...] 82 al 86 [...] del [Reglamento]".

414 Memorial de Contestación, párrs. 316 (d) y 347

415 Memorial de Contestación , párr. 208

establecida en los Términos de Referencia[416]. En el supuesto de que la CNEE, con la asistencia de sus consultores externos, compruebe que el estudio tarifario del distribuidor se aparta de los Términos de Referencia o contiene errores, puede realizar observaciones al estudio. En ese caso, el distribuidor deberá efectuar las correcciones indicadas al estudio y volver a enviarlo a la CNEE en un plazo de quince días[417]. La cuestión se encuentra regulada por los artículos 98 (segundo párrafo) y 99 del Reglamento (segundo párrafo), que disponen:

> El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a las tarifas y sus fórmulas de ajuste, y enviará el estudio corregido a la [CNEE] en un plazo de quince días de recibidas las observaciones […] Una vez presentados los estudios tarifarios o efectuadas las correcciones, se procederá a la publicación de las tarifas definitivas […][418].

244. Tal como Guatemala señaló en su Memorial de Contestación, el artículo 98 establece la obligación y no la facultad, de incorporar las correcciones para conformar el estudio a los Términos de Referencia[419]. Sin embargo, en su Memorial de Réplica TGH sigue sosteniendo que el consultor de la distribuidora tiene la discreción de incorporar o no los cambios solicitados por la CNEE y vuelve a omitir el análisis del texto del Reglamento. TGH vuelve a referir al artículo 1.8 de los Términos de Referencia de la revisión tarifaria de 2008, en el que se indicó que el consultor del distribuidor debía realizar las correcciones al estudio tarifario que considerare "pertinentes"[420]. TGH convenientemente intenta aislar el texto "que considere pertinentes" de su contexto legal

---

416 *Ibid*, párr. 203.

417 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 26, 27.

418 RLGE, **Anexo R-36**, arts. 98 y 99 (Énfasis añadido).

419 Memorial de Contestación, párrs. 204-205, 207, 275, 313, 330, 347.

420 Memorial de Réplica, párr. 39-41 y 108; Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 19; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 14. *Ver también* Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, artículo 1.8.

para argumentar que el consultor no tenía la obligación de incorporar las correcciones consecuentes con las observaciones de la CNEE[421].

245. Como se indicó en el Memorial de Contestación, esto es incorrecto[422]. Es claro que en el contexto de la revisión tarifaria, lo que significa dicha expresión es que una vez que la CNEE realice observaciones (por ejemplo, por no ser trazable, por no contener los precios de referencia), el consultor implementará las medidas que considere pertinentes *para satisfacer dichas observaciones*[423]. Dicha interpretación es la única compatible con la obligación del artículo 98 del Reglamento de que el consultor "efectuará las correcciones"[424] y con el artículo 75 de la LGE[425]. Así lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al analizar los recursos iniciados por EEGSA en relación con el pliego tarifario de 2008, explicando claramente que:

> […] una vez recibidas las observaciones, la empresa consultora cuenta con un plazo de quince días para efectuar las correcciones que le fueron formuladas a los estudios originalmente realizados y devuelve [sic] el estudio ya corregido a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica[426].

246. Esta interpretación no es una creación de Guatemala o de la CNEE sino que deriva del principio fundamental de la LGE que impone a la CNEE la obligación de asegurar que el VAD aprobado se ajuste a la ley. A tal fin, la LGE le asigna la atribución de establecer la metodología de cálculo de las tarifas y supervisar los estudios (a través de deichas observaciones) cuando el consultor se aparta de la metodología o incurre en errores. Nótese que omite mencionar TGH que aún si el lenguaje del artículo 1.8 de los Términos de Referencia pudiera dar lugar a alguna interpretación, en el artículo 1.10 de

---

421 Memorial de Réplica, párr. 40.

422 Memorial de Contestación, párr. 313.

423 Es decir, el consultor tiene libertad de decidir la manera "pertinente" en que los cambios deben ser implementados en el estudio, pero no de elegir no implementarlos.

424 Memorial de Contestación, párr. 313; *Ver* Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 44; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98. ("El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la Comisión dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones").

425 Memorial de Contestación, párr. 313.

426 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 17(e).

los mismos Términos de Referencia se establece que en caso de conflicto entre los Términos de Referencia y el Reglamento, este último prevalece[427]. Así, el artículo 1.8 de los Términos de Referencia debe necesariamente ser interpretado a la luz de la obligación establecida por el artículo 98 del Reglamento y no, tal como pretende TGH, como una facultad del distribuidor y su consultora.

247. Tal vez la evidencia más clara del oportunismo de la posición de TGH es que durante la anterior revisión tarifaria en 2002, la propia EEGSA aceptó su obligación (y no su discreción) de corregir el estudio según las observaciones de la CNEE). Los Términos de Referencia de dicha revisión que no fueron objetados por EEGSA, indicaron en su sección pertinente:

> A.6.4. Cuando los resultados intermedios sean objetados por la CNEE, la CONSULTORA deberá rehacer las labores que sean del caso, a fin de enmendar la objeción según lo que instruya y en el plazo que establezca la CNEE[428].

248. Es decir, el artículo A.6.4 de dichos Términos de Referencia estableció en términos inequívocos que la consultora de EEGSA debía corregir el estudio del VAD de modo tal de incorporar todas las observaciones de la CNEE[429]. En su Memorial de Réplica, TGH reconoce este hecho, pero luego intenta matizarlo argumentando que el artículo A.6.5 de dichos Términos de Referencia le habría concedido a EEGSA y a su consultor el derecho a oponerse a las observaciones de la CNEE y que en tal caso la Comisión Pericial tenía, potencialmente (ya que nunca se constituyó una Comisión Pericial para dicha revisión), la potestad de "conciliar las diferencias entre las partes al determinar la

---

427 Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, art. 1.10.

> 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 TdR.

428 *Ibid*, art. A.6.4.

429 *Ibid*.

postura de cuál de ellas era la correcta" [430]. Ello es falso, dado que en efecto, la "conciliación" (en la práctica, el pronunciamiento) que bajo el artículo A.6.5 habría hecho la Comisión Pericial en 2002 de haberse constituido, hubiere sido precisamente establecer si el estudio tarifario fue corregido o no de acuerdo a las observaciones de la CNEE. Su consultor en cualquier caso, estaba obligado a incorporar las observaciones de la CNEE. Y la mejor prueba de ello, surge de la explicación que brindó la propia EEGSA en ocasión de su recurso administrativo con los Términos de Referencia de la revisión 2002, TGH se quejó de las provisiones de la cláusula A.6 en los siguientes términos:

> […] La sección A.6, en manifiesta contradicción al artículo citado, requiere la presentación de informes, la revisión parcial del estudio, la formulación parcial de observaciones **y el acatamiento obligatorio de las mismas por la distribuidora**[…][431]

249. Hay que destacar que el recurso administrativo en cuestión fue desistido voluntariamente por EEGSA a poco de su interposición[432] y el artículo A.6 (en especial, el artículo A.6.4) se mantuvo en su formulación original, ordenando "el acatamiento obligatorio" de las observaciones por la distribuidora. El desistimiento de EEGSA con dicho recurso, por supuesto, representó el consentimiento de EEGSA con la cláusula en cuestión. Es claro así que el argumento de TGH sobre esta cuestión no sólo se contradice con la LGE pero también con la propia conducta de EEGSA durante la revisión tarifaria anterior.

---

430 Memorial de Réplica, párr. 41.

431 Proceso Contencioso Administrativo de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima (EEGSA) en contra del Ministerio de Energía y Minas por emitir providencia identificada con el número 562 de fecha 24 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003, **Anexo R-169**.

432 Desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima (EEGSA) en contra del Ministerio de Energía y Minas por emitir providencia identificada con el número 562 de fecha 24 de febrero de 2003 134-02 Of. y Not. 2º Memorial 2681, Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 3 de septiembre de 2003, **Anexo R-171**.

d. La Comisión Pericial se pronuncia sobre si las modificaciones del consultor del distribuidor al estudio tarifario siguen adecuadamente los Términos de Referencia

250. Una vez que el distribuidor entrega el estudio tarifario corregido, el artículo 75 de la LGE establece que en el caso de que persistan las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor respecto de la incorporación de las observaciones de la CNEE al estudio, las partes deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial[433]. De conformidad con el artículo 75 de la LGE, corresponde a la Comisión Pericial pronunciarse sobre las discrepancias. Guatemala ha explicado en su Contestación, cómo a la luz de la obligación del consultor de "efectuar" las correcciones requeridas por la CNEE para ajustar el estudio 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 incorporado o no las modificaciones; o (ii) si las ha incorporado correctamente[434].

251. En dicho contexto, cabe referir al argumento que TGH y sus testigos reiteran en el Memorial de Réplica, según la cuál si el consultor independiente del distribuidor estuviese obligado a incorporar las observaciones de la CNEE, no podrían surgir "discrepancias" bajo el artículo 75 para su resolución por la Comisión Pericial. Esto es erróneo. Debe quedar claro que bajo el sistema de la LGE, las discrepancias surgen cuando el consultor de la distribuidora omite incorporar las observaciones de la CNEE o las incorpora de manera errónea, por lo que el rol que toca a la Comisión Pericial es el de dictaminar si las observaciones de la CNEE se encuentran incorporadas (o incorporadas correctamente) de acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia.

---

433 Memorial de Contestación, párr. 206. El artículo 75 de la LGE dispone:

> La Comisión revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. En caso de discrepancias formuladas por escrito, la Comisión y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación.
>
> (LGE, **Anexo R-8**, artículo 75).

434 *Ibid*, párr. 207.

2. El análisis de TGH ignora que régimen de empresa modelo tiene como objetivo principal establecer tarifas eficientes

252. En su Memorial de Contestación, Guatemala explicó detalladamente cómo se calculan las tarifas bajo el sistema de empresa modelo adoptado por la LGE[435]. En particular, Guatemala explicó cómo mediante el sistema de empresa modelo, la regulación establece que debe definirse una base de activos optimizada y valorada a su valor de reemplazo (el VNR), y luego debe utilizarse este valor para calcular tarifas eficientes[436]. En su Memorial de Réplica, TGH sostiene, sin embargo, que Guatemala "eligió" adoptar el sistema de empresa modelo, y el cálculo de la base de capital basado en el método VNR, con el objetivo de incrementar el valor de EEGSA en la privatización[437]. De acuerdo a TGH, este sistema regulatorio establecía que las tarifas futuras remunerarían a TGH durante toda la concesión como si los bienes de EEGSA fueran nuevos, es decir, sin tomar en cuenta la depreciación ni el real estado de los bienes en servicio[438]. En otras palabras, TGH pretende que este Tribunal avale su interpretación de que el sistema de empresa modelo puede ser utilizado por los estados como una herramienta para obtener una suerte de préstamo de los inversores, quienes pagarían un precio irreal por la compañía, y la tarifa se los devolvería y remuneraría en el futuro independientemente del servicio puesto a disposición del usuario. Claramente este no es el objetivo del sistema de la empresa modelo, ni fue, como se explica en la Sección B.2 más abajo, la interpretación de TGH al invertir en EEGSA.

253. Como lo explica el Ing. Mario Damonte, el sistema de empresa modelo —o por incentivos— y el cálculo de la base de capital basado en el sistema VNR, es el resultado de una evolución regulatoria tendiente a asegurar tarifas eficientes[439]. El sistema de

---

435 Memorial de Contestación, párrs. 174-191.

436 *Ibid*, párrs. 183-185.

437 Memorial de Demanda, párr. 43, Memorial de Réplica párr. 53, 55-56; Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 59; Barrera, **Apéndice CER-4**, párrs. 28-29, 60..

438 Memorial de Demanda, párr. 34-35.

439 Damonte**, Apéndice RER-2,** párrs. 49-50; *Ver también* JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1a ed. 2007) (Extracto), **Anexo R-34,** págs. 100-101; Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5,** párrs. 18-19.

VNR elegido por Guatemala no es más que una forma de valorar o actualizar la base de capital bruta, sobre la que luego se calculará la amortización y el retorno del inversor[440]. El método VNR de valoración de la base de capital es considerado más eficiente que la valoración contable que ajusta la base de capital en función de la tasa de inflación porque no solo actualiza la base de capital a precios de mercado sino que además optimiza la misma considerando en dicho valor solo cantidades de bienes óptimos (no los reales) y solo tecnologías óptimas (y no las reales)[441]. El objetivo de este método es incentivar al inversor a ir reemplazando su red por una óptima para poder acercarse a los costos de la empresa modelo y así incrementar su retorno. Ello, porque bajo el sistema de empresa modelo el retorno del inversor es calculado sobre la base de capital óptima y no la real. Si el inversor no realiza las mejoras necesarias, sus costos no serán tan óptimos como los reconocidos por la regulación y, por lo tanto, su retorno será inferior[442].

254. Es indiscutible que la regulación de empresa modelo adoptada por Guatemala y otros países en Latinoamérica, tiende a maximizar la eficiencia. La interpretación que TGH hace de la misma, sin embargo, llevaría a un escenario opuesto. Si la tarifa le permitiera al inversor recuperar el valor nuevo de los bienes, independientemente del estado real de la red o de sus inversiones en la misma, como pretende TGH, claramente no existiría ningún incentivo de eficiencia.

255. La interpretación que realiza TGH se basa en una confusión deliberada que crea ésta y sus expertos al sostener erróneamente que la tarifa remunera la base de capital valorada con el método VNR o "a su valor nuevo de reemplazo"[443]. Como se explicó en detalle en el Memorial de Contestación[444] y se explica en la Sección V.E.2.b más abajo, ello es

---

440 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5** párrs. 38-42.

441 Damonte, **Apéndice RER-2,** párrs. 31 y 39-43 y Capítulo 7.1. Como lo explica el Ing. Damonte, dependiendo del tipo de optimización utilizado, las diferencias entre la red real y la optimizada puede oscilar entre 5 y 30 por ciento; *Ver también* Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5,** párr. 40. *Ver también* Memorial de Contestación párrs. 183-184, 186-187.

442 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5,** párr. 25.

443 Réplica, párrs. 54-55, Barrera, **Apéndice CER-4**, párrs. 28-29, 45, Kazcmarek II, **Apéndice CER-5**, párr. 187.

444 Memorial de Contestación párrs. 183-184.

técnica y económicamente incorrecto. Una vez calculada la base de capital bruta a su valor VNR, la forma en la que la regulación basada en el VNR toma en cuenta el desgaste real de la red es remunerando al inversor sobre la base de capital neta de depreciaciones acumuladas[445]. Así, el inversor tiene el incentivo de ir reemplazando los bienes al final de su vida útil e incrementar así su base de capital con bienes óptimos para acercarse a la empresa modelo.

B. LA DECISIÓN DEL GRUPO TECO DE INVERTIR EN EEGSA

1. TGH caracteriza erróneamente las garantías del marco regulatorio eléctrico al momento de la inversión del grupo Teco en Guatemala

256. Como fue señalado en la Contestación, en abril de 1998 Guatemala inició el proceso de promoción internacional para la privatización de EEGSA. Entre los documentos que se prepararon durante este proceso, se encontraban el Memorándum Informativo de Venta y los Términos de Referencia para la oferta pública nacional e internacional, en los cuales se resumió, entre otras cosas, las disposiciones del marco legal y regulatorio que Guatemala ha descrito en detalle en su Memorial de Contestación[446]. En particular, Guatemala resaltó que las tarifas serían fijadas no sobre los costos reales del distribuidor sino en base a costos teóricos de una "empresa modelo' de alta eficiencia"[447]. También se destacó que la CNEE era un órgano técnico e independiente (funcional y presupuestariamente) del MEM, regulador y fiscalizador del sector, el cual tenía la potestad de "fijar las tarifas que determina la ley"[448].

---

445 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5** párrs. 104-105.

446 Memorial de Contestación, párrs. 225-229. EEGSA, "Términos Selección Asesor Financiero", 1997, **Anexo R-11**; EEGSA, "Memorándum Interno: Calificación Asesor Financiero", 5 de diciembre de 1997, **Anexo R-14**; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**; Salomon Smith Barney, "Informe Preliminar Asesor Financiero y Técnico", 28 de enero de 1998, **Anexo C-25**; EEGSA, "Términos de Referencia para la oferta pública nacional e internacional para la venta del paquete estratégico dentro del proceso de capitalización social y venta de las acciones propiedad del Estado en EEGSA", abril de 1998, **Anexo R-15**; Presentación Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., "Roadshow en Inglés", mayo de 1998, **Anexo C-28**.

447 Memorial de Contestación, párr. 225.

448 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 54.

257. TGH discrepa en su Memorial de Réplica con esta descripción. Por un lado, indica que Guatemala "vuelve a confundir deliberadamente la facultad de la CNEE de determinar las tarifas de la distribuidora con el proceso de cálculo del VAD de la empresa, y trata estas cuestiones como si fueran una sola"[449]. Para ello, refiere TGH a extractos seleccionados del Memorándum Informativo de Venta, que según TGH, probarían "que (i) el VAD lo calcularían las *distribuidoras* por medio de un estudio realizado por una firma de ingeniería; (ii) las facultades de la CNEE respecto del cálculo del VAD se limitarían a determinar que los estudios del VAD se agruparan por categorías de densidad y a revisar los estudios y efectuar observaciones al respecto; y (iii) en caso de discrepancias, se formaría una Comisión Pericial para *resolver* las diferencias"[450]. También indica TGH que "al decidir invertir en EEGSA, el grupo Teco sí tomó en consideración el hecho de que Guatemala había establecido el criterio de la empresa modelo eficiente, y actuó en función de ello"[451]. Como se explica a continuación, los argumentos de TGH contienen graves inexactitudes.

258. En primer lugar, debe reiterarse una vez más que las facultades que la LGE asigna a la CNEE respecto de la fijación de tarifas necesariamente incluyen a la determinación del VAD, uno de sus componentes principales, tal cual se ha explicado en detalle más arriba[452]. La selección de citas del Memorándum de Venta que presenta TGH omite mencionar que el mismo Memorándum explicó a los inversores en términos inequívocos que la CNEE, como órgano técnico e independiente -funcional y presupuestariamente- del MEM, sería el ente regulador y fiscalizador del sector, con la potestad para hacer cumplir la LGE y fijar las tarifas[453]. Por tanto, es evidente que dichas citas no deben

---

449 Memorial de Réplica, párr. 60.

450 *Ibid*.

451 *Ibid*, párr. 65.

452 *Ver* párrafo 230 y ss.

453 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 54-55, donde se explica:

> Las funciones básicas de la [CNEE] son, entre otras, […] fijar las tarifas que determina la ley […]. La Comisión, formalmente un órgano técnico del MEM con independencia funcional y presupuestaria, es el órgano regulador y fiscalizador del sector eléctrico. Las funciones básicas de la

leerse en forma aislada sino a la luz del principio recogido en el propio Memorándum donde se describen de modo general las facultades de la CNEE conforme el marco regulatorio.

259. En este contexto, Guatemala ya ha confirmado que, efectivamente, la LGE establece un procedimiento específico para el cálculo del VAD, el cuál es efectuado en primera instancia por el consultor de la distribuidora[454]. Pero ello en nada afecta las facultades que la LGE asigna a la CNEE en materia de fijación de tarifas. También, ha quedado claro que las facultades de la CNEE bajo la LGE no están solamente limitadas, como pretende TGH, a "determinar que los estudios del VAD se agruparan por categorías de densidad y a revisar los estudios y efectuar observaciones al respecto."[455] Asimismo, es evidente que la referencia a que la Comisión Pericial se pronuncia sobre las discrepancias (en el texto del Memorándum -preparado por banqueros- "resuelva") deben entenderse también dentro del marco regulatorio general que asigna a la CNEE la obligación de fijar la metodología y las tarifas conforme a la ley. Por consiguiente, no es Guatemala quien intenta confundir cuestiones, sino TGH quien pretende ahora recurrir a extractos aislados para intentar evitar aplicar el marco regulatorio tal como estaba previsto al momento en que efectuó su inversión[456].

260. En ese mismo contexto, resulta sorprendente que TGH se queje de que "Guatemala tampoco les manifestó a los posibles inversores que la distribuidora estaría obligada a incorporar las observaciones efectuadas por la CNEE". Como se ha explicado más arriba, ello estaba escrito en términos expresos en el artículo 98 del Reglamento ("El Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la [CNEE] dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones"[457]) y EEGSA así lo aceptó expresamente en los Términos

---

> Comisión son: (1) hacer cumplir la Ley […], (4) regular las tarifas de transmisión y distribución […].

454 *Ver* párr. 233 y ss.

455 Memorial de Réplica, párr. 60.

456 *Ver* Sección 86 y ss.

457 Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98 (Énfasis añadido).

de Referencia para la revisión tarifaria de 2002 ("Cuando los resultados intermedios sean objetados por la CNEE, la CONSULTORA deberá rehacer las labores que sean del caso, a fin de enmendar la objeción según lo que instruya y en el plazo que establezca la CNEE")[458]. La Corte de Constitucionalidad confirmó esta interpretación en su decisión de febrero de 2009[459].

261. Debe recordarse asimismo que de acuerdo al procedimiento de oferta pública de las acciones de EEGSA, las empresas interesadas podían realizar consultas o pedir aclaraciones respecto del marco regulatorio aplicable a la actividad[460]. Sin embargo, grupo Teco no consideró necesario efectuar consulta u observación alguna respecto del rol del regulador y/o sus poderes y atribuciones[461]. Tampoco efectuó consulta alguna referida al rol de la Comisión Pericial, la naturaleza de su pronunciamiento o el procedimiento a seguirse luego de emitido tal pronunciamiento[462]. Como se explicó más arriba, a pesar de que TGH alegó que el grupo Teco había efectuado un proceso de *due diligence* sobre el marco regulatorio guatemalteco[463], cuando Guatemala solicitó la documentación de dicho *due diligence* en su solicitud de documentos[464], TGH fue

458 Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, artículo A.6.4.

459 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 17(e).

460 Memorial de Contestación, párr. 228.

461 Guatemala solicitó a TGH la producción de material preparado por la compañía en el contexto del *due diligence* de EEGSA, quedando confirmado que no existían preguntas formuladas por el Consorcio en este sentido. *Ver* Carta de Freshfields a White & Case de 7 de noviembre de 2011, **Anexo R-142**; Carta de White & Case a Freshfields de 18 de noviembre de 2011, **Anexo R-143;** Carta de Freshfields a White & Case de 29 de diciembre de 2011, **Anexo R-145**; Carta de White & Case a Freshfields de 3 de enero de 2012, **Anexo R-146**.

462 A pesar de todo ello, hoy TGH pretende basar su reclamo contra Guatemala en el supuesto carácter vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial. *Ver* Memorial de Demanda, párr. 270 y Memorial de Réplica, párr. 37. Como se explicó más arriba, ello no solo es contrario al texto y al espíritu de la LGE, sino que la propia Corte de Constitucionalidad, a petición precisamente de EEGSA, ha confirmado que el pronunciamiento de la Comisión Pericial no es vinculante para la CNEE (*ver* párr. 49 arriba).

463 TGH argumentó que "[a]demás de analizar el marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para el sector de la electricidad, TECO realizó un exhaustivo proceso de *due diligence*". Memorial de Demanda, párr. 59. *Ver también* Gillette, **Apéndice CWS-5**, párr. 8.

464 *Ver* Carta de Freshfields a White & Case de 7 de noviembre de 2011, **Anexo R-142**, Documentación A.2.

incapaz de producir un solo documento[465]. Así, queda claro que el argumento de TGH de que entendió el marco legal como limitando las facultades de la CNEE fue preparado especialmente para este arbitraje.

262. Es claro que más allá de que ahora TGH pretenda presentar su propia teoría del funcionamiento del sistema regulatorio eléctrico en Guatemala, Guatemala no puede ser responsable de la falta de *due diligence* de Teco al momento de su inversión. Si TGH tuvo alguna duda respecto del funcionamiento del marco legal, debió haberlo notado en su momento. Tanto el marco legal y el material de promoción descripto más arriba se encontraban a disposición de Teco cuando éste efectuó su inversión y su contenido dejaba en claro las siguientes características esenciales del sistema:

- La CNEE era un órgano que actuaba en forma independiente del Gobierno[466];
- La CNEE definiría la metodología de cálculo de las tarifas[467];
- La CNEE revisaría dicha metodología cada cinco años[468];
- La CNEE elaboraría los Términos de Referencia para el cálculo del VAD, los cuales podrían ser objetados por los distribuidores por vía administrativa y luego judicial[469];

---

465 Nótese además que de acuerdo al procedimiento de oferta pública de las acciones de EEGSA, las empresas interesadas podían realizar consultas o pedir aclaraciones respecto del marco regulatorio aplicable a la actividad. Teco no consideró necesario efectuar consulta u observación alguna respecto del rol del regulador y/o sus poderes y atribuciones. Tampoco efectuó consulta alguna referida al rol de la Comisión Pericial, la naturaleza de su pronunciamiento o el procedimiento a seguirse luego de emitido tal pronunciamiento (*ver* Memorial de Contestación, párr. 228)

466 LGE, **Anexo R-8**, arts. 4, 5,; Reglamento, **Anexo R-36**, arts. 29, 30(d) y (e); Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, págs. 2, 11, 54, 55.

467 LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c) y 61; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 97; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, arts. 4(c), 61 y 77 y Apéndice B, artículo 29.

468 LGE, **Anexo R-8**, artículo 77; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, artículo 77 y Apéndice B, artículo 95.

- La CNEE definiría las tarifas de distribución eléctrica de acuerdo con los términos de la LGE, las cuales reflejarían los costos de una empresa eficiente, es decir, estrictamente el costo económico de adquirir y distribuir energía eléctrica[470];

- La CNEE contrataría asesoría profesional para el cumplimiento de sus funciones y en especial para la definición de las tarifas[471];

- La CNEE precalificaría consultores para la preparación de estudios del VAD[472];

- La CNEE supervisaría y comentaría el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor[473];

- El distribuidor estaría obligado a realizar las correcciones a fin de conformar el estudio tarifario de su consultor a los Términos de Referencia[474];

- La Comisión Pericial se pronunciaría, en caso de rechazo del estudio tarifario y subsistencia de discrepancias, sobre la conformidad del estudio del distribuidor a los Términos de Referencia;

---

469 LGE, **Anexo R-8**, artículo 74; Reglamento (Extractos), **Anexo-12**, artículo 98; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, artículo 74 y Apéndice B, artículo 98.

470 LGE, **Anexo R-8**, arts. 71, 76 y 61; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, artículo 71 y Apéndice B, artículo 84.

471 *Ibid*. artículo 5; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 32; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice B, artículo 32.

472 Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 97; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, artículo 74 y Apéndice B, artículo 97.

473 LGE, **Anexo R-8**, arts. 74 y 75; Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, arts. 74 y 75.

474 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice B, artículo 98.

- La CNEE aprobaría o rechazaría el estudio tarifario del VAD preparado por el distribuidor después de revisar el pronunciamiento de la Comisión Pericial[475];

- Una vez aprobado el estudio por la CNEE, la propia CNEE definiría las tarifas;

- Las tarifas definidas por la CNEE serían aplicables por cinco años[476]; y

- El distribuidor debería cumplir con todas las obligaciones de la LGE, el Reglamento y sus posteriores modificaciones[477].

263. Esta interpretación del marco regulatorio ha sido confirmada por la Corte de Constitucionalidad[478], último intérprete de la Constitución y las leyes en Guatemala, o tal como TGH la define "es el más alto tribunal guatemalteco a cargo de las cuestiones constitucionales"[479]. Y fue en base a este marco regulatorio que el grupo Teco realizó su inversión en EEGSA.

2. Es falsa la aseveración de TGH de que el precio pagado por EEGSA reflejaba tarifas que remunerarían al inversor como si hubiera adquirido y mantuviera una red totalmente nueva

264. TGH explicó inicialmente en su Memorial de Demanda que el valor ofertado por TGH y sus socios en la licitación de EEGSA fue "extremadamente alto" si se lo comparaba con el valor de libros de la empresa[480]. Según explicó entonces el experto Kaczmarek, ello se

475 LGE, **Anexo R-8**, artículo 77; Reglamento, **Anexo R-36,** art. 98.

476 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, artículo 77 y Apéndice B, artículo 98.

477 Contrato de Autorización para los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez y Escuintla, suscrito entre EEGSA y el Ministerio de Energía y Minas, 15 de mayo de 1998, **Anexo R-17**, cláusula vigésima.

478 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009; **Anexo R-105**, págs. 5, 16, 17, 23-26, 30, 32; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 5, 6, 17, 23, 24, 31, 32, 34.

479 Memorial de Réplica, párr. 23.

480 Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 62.

debió a que el sistema de empresa modelo adoptado por Guatemala, permitió al país recibir ingresos por sobre el valor de sus activos[481]. En su Memorial de Contestación, Guatemala demostró que TGH (y su experto) no habían aportado ningún elemento de prueba contemporáneo a la inversión de Teco en EEGSA para justificar esta posición, y que este análisis carecía de lógica[482]. Explicó entonces Guatemala que si la premisa avanzada por TGH fuera válida, un estado podría "inflar" el valor de venta de una empresa, prometiendo ingresos que no tienen relación con el servicio que la empresa sería capaz de proveer, cargando a los clientes, a través de la tarifa, el reembolso del monto pagado por el inversor[483]. Tal como se discute más arriba, el argumento de TGH era así contrario al sistema de empresa modelo, un sistema diseñado justamente para controlar eventuales excesos en la tarifa resultantes de la posición monopólica del inversor, y para reducir los costos y alentar la eficiencia de la empresa real[484]. Por su parte, en el Memorial de Réplica, TGH alega que "al decidir invertir en EEGSA, el grupo económico Teco sí tomó en consideración el hecho de que Guatemala había establecido el criterio de la empresa modelo eficiente, y actuó en función de ello"[485]. Según TGH, Teco habría actuado en base a la implementación por parte de Guatemala de un régimen regulatorio que utilizaba el criterio de la empresa modelo, y que también habría basado su decisión de invertir en EEGSA en el hecho de que la base de activos regulados de la "red eficiente" se calcularía en función del "costo de reposición nuevo" de los activos[486]. Sin embargo, TGH, no cita (porque no puede) un solo documento contemporáneo que materialmente avale esta interpretación, y en cambio concentra

481 Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 62.

482 Memorial de Contestación, párr. 236.

483 *Ibid*, párr. 237.

484 *Ver* Sección V.A.2

485 Memorial de Réplica, párr. 65.

486 *Ibid*.

todos sus esfuerzos en justificar su posición a través de opiniones ex-post de sus expertos técnicos y su testigo Gillette[487].

265. La realidad es que cuando se analizan los propios documentos que reflejan los motivos del grupo Teco para invertir en EEGSA y el precio que ofertaría por dicho negocio, se puede comprobar que las razones para dicha inversión son muchas, pero ninguna de ellas refiere materialmente a (i) la expectativa de una remuneración basada en el valor nuevo de los activos, (ii) el sistema de empresa modelo ni de VNR, o (iii) incrementos tarifarios futuros, tal como TGH pretende convenientemente presentar ahora en este arbitraje[488]. Los motivos específicos para invertir en EEGSA tal como se encuentran reflejados en Libro de Actas de la Junta Directiva de Teco de julio de 1998, son los siguientes y en este específico orden:

- "EEGSA es la principal empresa de distribución eléctrica de Guatemala, un país que es clave para la estrategia centroamericana de TPS y la cabeza de playa de Teco Energy en la región"[489].

- "EEGSA representa una oportunidad excelente para ampliar y consolidar la presencia de TPS en la región. Guatemala es el mercado más grande de Centroamérica, con una población de más de 11 millones, una tasa de crecimiento económico veloz, y una tasa de crecimiento de demanda por electricidad aún más veloz. El mercado centroamericano total de 32 millones de personas podría recibir electricidad a través de una sistema interconectado regional dentro de la próxima década. Tener el control de la propiedad de EEGSA podría abrir oportunidades

487 Kaczmarek, **Apéndice CER-2,** párr. 62; Kaczmarek Réplica **Apéndice CER-5**, párr. 187; Barrera **Apéndice CER-4**, párrs. 45-46; Gillette Réplica, **Apéndice CWS-5**, párr. 12; Gillette Réplica, **Apéndice CWS-11**, párr. 2.

488 Memorial de Réplica, párr. 65.

489 "TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala", Libro de Actas de Junta Administrativa, julio de 1998, **Anexo C-32**, pág. 1 (Enfasis añadido).

importantes de crecimiento en Guatemala, y también constituiría un trampolín para una expansión adicional en la región"[490].

- "TPS tiene un entendimiento muy sólido de EEGSA, sus activos y su gerencia, desarrollado a través de la propiedad de los proyectos de Alborada y San José. Dicho entendimiento permite a TPS visualizar oportunidades de hacer crecer la base de abonados de EEGSA, las tarifas de uso por abonado, así como oportunidades de recorte de costos que aumentarían la rentabilidad"[491].

- "La propiedad de los activos de distribución en Guatemala es de importancia estratégica para TPS, porque las inversiones en distribución (i) ofrecen cuotas de mercado significativas; (ii) mejoran la habilidad de integrarse verticalmente; y (iii) brindan mayores oportunidades de crecimiento, incluyendo la habilidad importante de crearlo"[492].

- "La participación en un sistema de distribución es de particular importancia estratégica en Guatemala porque TPS tiene inversiones existentes en la generación de energía eléctrica de este país. En contraste con las oportunidades de construir activos de generación, ésta es una oportunidad única de adquirir la empresa distribuidora más grande de Centroamérica"[493].

- "Las tarifas de EEGSA serán reestructuradas de conformidad con la Ley. Las tarifas nuevas, válidas por un período de cinco años, fueron emitidas el 22 de junio de 1998, con metodologías que siguen de cerca los regímenes tarifarios de Chile, Argentina y El Salvador"[494].

- "Fundada en 1894, EEGSA es la mayor distribuidora de Guatemala y de toda Centroamérica. Guatemala tiene una de las tasas de consumo eléctrico per cápita más

490 *Ibid*.

491 *Ibid*, pág. 2.

492 *Ibid*.

493 *Ibid*.

494 *Ibid*, pág. 3.

bajas de América Latina, y por lo tanto la oportunidad de crecimiento parece ser sustancial. La demanda de energía de Guatemala ha crecido a una tasa promedio de más de ocho por ciento durante los últimos siete años. El crecimiento está proyectado a continuar a este ritmo por varios años, sustentado por la reactivación de la economía – en su mayor parte el resultado del Tratado de Paz y la modernización económica y política del Gobierno de Guatemala – y una demanda reprimida significativa. EEGSA está bien posicionada para atender este crecimiento"[495].

- "EEGSA y/o los propietarios de EEGSA no estarán vedados de participar y/o adquirir las acciones de INDE cuando éstas sean ofrecidas a la venta durante un proceso de privatización que se espera ocurra dentro de los próximos años"[496].

- "Bajo la Ley, los accionistas de EEGSA, o EEGSA misma, por medio de una afiliada, podrá participar ya sea en la generación de electricidad o en la transmisión de electricidad, sin limitaciones. La habilidad de EEGSA de integrar verticalmente y de alcanzar importancia de mercado relativa en la región son consideraciones **críticas** para la inversión. Guatemala tiene el mercado de generación de electricidad más técnicamente diversificado de la región, con acceso a combustibles líquidos, carbón, y recursos geotérmicos e hídricos. La cobertura eléctrica nacional es de aproximadamente 50 por ciento"[497] .

- "El escenario del modelo comercial de EEGSA asumirá cifras conservadoras de crecimiento potencial y de gastos de capital necesarios. El precio de la oferta se basa en este escenario"[498].

- "La Ley y su Reglamento representa un enfoque nuevo para Guatemala y sus inversionistas del sector de energía eléctrica. TPS considera que hay suficiente experiencia con sistemas similares emplazados en Chile, Argentina y El Salvador.

---

495 *Ibid*. pág. 2.

496 *Ibid*.

497 *Ibid*.

498 *Ibid*, pág. 4.

Las características de este sistema son más manejables que las de otros países latinoamericanos"[499].

- "TPS recomienda la aprobación de la Junta para que participe en la licitación de la privatización de EEGSA. La compra de un interés propietario en EEGSA mejorará nuestra habilidad de integrar verticalmente nuestra posición en Guatemala y proveerá protección adicional a nuestros proyectos existentes en ese país. También posicionaría a TPS para tener participación en la distribución y generación de electricidad así como en otros negocios de usuarios finales, no sólo en Guatemala sino en toda Centroamérica, al evolucionar la integración eléctrica de la región. Además, el Proyecto mismo brinda ganancias muy significativas a largo plazo a través de las oportunidades potenciales en la forma tanto de **recorte de costos como de crecimiento**, **lo cual puede mejorar nuestros retornos potencialmente**. Esta oportunidad única de adquirir la empresa de distribución EEGSA calza positivamente con las estrategias de largo plazo de Teco Energy"[500].

266. No hace falta más que una lectura de estas razones para confirmar que los argumentos de TGH de que el precio "elevado" que pagó en la privatización reflejaba la expectativa de recibir una tarifa que compensara a TGH por el valor nuevo de los activos, sin perjuicio de su estado real son falsos. Es claro que si —como TGH pretende— ésa era la justificación principal para el precio ofertado, lo menos que se espera es que la misma hubiera sido discutida y reflejada en los documentos corporativos. Pero no existe ninguna constancia de que hubiere existido una discusión material sobre ello. Y debe quedar claro, en cualquier caso, que aun si las razones alegadas por TGH fueran ciertas, (que no lo son) ello tampoco puede tener ninguna relevancia en el análisis de este reclamo. El precio pagado por un inversor en una licitación pública constituye parte del riesgo que asume el inversor, y sus consideraciones para ello no pueden de ninguna manera derivar en una penalización de los consumidores[501].

499 *Ibid*.

500 *Ibid*, pág. 6.

501 Memorial de Contestación, párr. 240.

267. Pero los motivos del grupo Teco para invertir en EEGSA eran otros. Tal como se ve reflejado en las discusiones, en cambio, las expectativas eran de obtener un retorno a través de "ahorro de costos", "incremento de demanda" y "sinergias" derivadas de otros negocios del grupo Teco en el país y en la región. Más importante aún, la recomendación de realizar la inversión se hizo en base a un modelo de caso base que proveía una tasa de retorno calculada por el grupo Teco y que, contrariamente a lo alegado por ésta, no preveía aumentos tarifarios, sino una disminución de éstas en términos reales[502]. Desarrollamos estos argumentos en la secciones a continuación.

268. En su Memorial de Réplica, TGH alega que la razón principal para que el grupo económico Teco invirtiera en EEGSA "no estuvo dada por las potenciales sinergias", sino que la consideración principal para invertir fue "si la inversión ofrecía una tasa de retorno favorable" y que las "sinergias no se tomaron en consideración en el precio ofertado por el Consorcio"[503]. Con ello, TGH concluye sosteniendo que dichas sinergias no fueron decisivas en la decisión de Teco de invertir en EEGSA y que tampoco tuvieron ningún efecto en el precio pagado por dicha inversión[504].

269. Las afirmaciones de TGH son falsas. TGH ha reconocido en diferentes y repetidas oportunidades la relevancia de la existencia de sinergias para la decisión de invertir en EEGSA. La propia referencia que hacen TGH y el Sr. Gillette a la presentación

---

502 Modelo de Valuación de Dresdner Kleinwort Benson, **Anexo R-160**, pág. 43, sección c. Tariff calculation variables (A3-09.pdf o TGH-551). TGH implícitamente reconoce la debilidad de sus argumentos cuando, a modo de argumento en subsidio, alega a través de su experto el Dr. Barrera que era razonable que las tarifas "aumentaran en el futuro". Este argumento no sólo se contradice con la documentación contemporánea a la inversión preparada por los asesores de TGH –el modelo de Dresdner Kleinwort Benson- sino que el propio experto de TGH, el Sr. Kaczmarek, reconoce que la expectativa de que las tarifas aumentaran no tenía mayor sustento, ya que "uno no puede esperar que habría una tendencia consistente en las tarifas", debido al "impacto desconocido de la inflación, la tecnología y el precio de las materias primas". Kaczmarek, **Apéndice CER-5**, párr. 173.

503 En su testimonio de Réplica, el Sr. Gillette intenta brindar una explicación alternativa para su referencia a "sinergias" en su primera declaración, a las que ahora define como "el ahorro de tiempo y esfuerzos, en su mayoría no cuantificables, que logra una compañía al hacer una segunda inversión en un mismo país extranjero". Según Gillette, esta definición difiere de "el sentido que comúnmente se le atribuye a dicho término" en casos en que "media una fusión o adquisición" [por medio de la cual] […] se producen sinergias porque ciertas funciones se vuelven redundantes [y] […] es posible ahorrar costos". Con base en ello, el Sr. Gillette, intenta relativizar la importancia de las sinergias existentes entre EEGSA y las inversiones de TECO Energy, al destacar que Teco sería un socio minoritario en EEGSA y que no operaría la compañía. Memorial de Réplica, párr. 62 y 64; Gillette Réplica, **Apéndice CWS-11**, párr. 5.

504 Memorial de Réplica, párrs. 62-64.

gerencial para la privatización de EEGSA de julio de 1998, en la que se repite en varias oportunidades la relevancia de las sinergias para la inversión, no hace más que confirmar la importancia de dichas sinergias en la decisión de inversión[505]. La presentación refiere a que "TPS tiene instalaciones, relaciones y oficinas existentes en Guatemala", destacando que la inversión en EEGSA ofrecería "protección adicional a las inversiones existentes", y que "brindaría una diversificación de fuentes de ganancias en Centroamérica"[506]. Sólo al final de dicha presentación se señala la recomendación de presentar la oferta "con base en que el Modelo del Caso Base alcanza una TIR mínima aceptable bajo condiciones de caso base después de verificados todos supuestos claves"[507], lo cuál por supuesto no desvirtúa de ningún modo el énfasis puesto en las sinergias a lo largo de dicha presentación. Resulta notable que si bien en su testimonio de Réplica, el Sr. Gillette intenta relativizar la importancia de las sinergias, él mismo termina destacando su valor al indicar que "si se nos hubiera presentado la oportunidad de invertir en otro país latinoamericano y se pudiera prever que tal inversión generaría un retorno acorde con el retorno esperado por EEGSA, habríamos optado por invertir en EEGSA, dado que ya habíamos invertido en Alborada y San José"[508] y que "la privatización de EEGSA brindó más seguridad a [las inversiones en Alborada y San José][509]" y que "teníamos la esperanza de que, mediante la adquisición de una participación en la compañía, podríamos entablar una buena relación entre EEGSA y nuestras plantas de generación"[510]. En dicho contexto, si bien el Sr. Gillette reconoce por un lado la existencia de dichas sinergias, por el otro sorprende al indicar que estas sinergias "no [son] cuantificables" o no "posib[ilitan] ahorrar costos", algo que es obviamente falso, tal como se analiza más abajo.

505 *Ibid*, párr. 63; Gillette Réplica, **Apéndice CWS-11**, párr. 7. El documento referido es "Privatización de EEGSA", Presentación Gerencial, 9 de julio de 1998, **Anexo C-33**, pág. 19.

506 Memorial de Réplica, párr. 63. (Énfasis añadido).

507 *Ibid*.; "Privatización de EEGSA", Presentación Gerencial, 9 de julio de 1998, **Anexo C-33**, pág. 21.

508 Gillette Réplica, **Apéndice CWS-11**, párr. 5.

509 *Ibid*.

510 *Ibid*.

270. Ello se contradice directamente con la recomendación de la Junta Directiva en 1998, la cual relacionó directamente las sinergias existentes con las "oportunidades de hacer crecer la base de abonados de EEGSA, las tarifas de uso por abonado, así como oportunidades de recorte de costos que aumentarían la rentabilidad" y con "mayores oportunidades de crecimiento"[511]. Es evidente que todas estas justificaciones no son solo cuantificables, sino que tienen un valor considerable en el marco de una inversión como la de TGH en EEGSA.

271. TGH también alega que las sinergias entre EEGSA y las inversiones del grupo Teco no pudieron haber justificado el aumento del precio que ofertó el Consorcio, dado que Iberdrola y EDP – los otros dos socios – no contaban con dichas sinergias y por lo tanto no pudieron ser tomadas en consideración en el precio ofertado por el Consorcio oferente[512]. La defensa de TGH parece requerir a Guatemala que pruebe cuáles fueron las motivaciones puntuales de Iberdrola y EDP para invertir en EEGSA y ofertar el valor de compra de sus acciones que ofertaron, algo que evidentemente no procede. TGH busca así distraer la atención del hecho irrefutable de que para Teco en particular, la existencia probada de dichas sinergias se reflejaron en el precio de adquisición de la compañía.

C. EL VAD PARA EL PERÍODO 1998-2003 PERMITIÓ A EEGSA UN DESEMPEÑO ECONÓMICO SATISFACTORIO

272. En su Memorial de Demanda, TGH había alegado que a pesar de haber reducido costos y pérdidas y de haber crecido, EEGSA "no prosperó" financieramente durante el primer quinquenio posterior a la licitación[513]. TGH argumentó que ello se debió al incremento del costo del petróleo, a la devaluación de la moneda en 1999 y a las "bajas" tarifas establecidas en 1998[514] lo que, según TGH, provocó que en 1999 y 2000 EEGSA

511 "TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala", Libro de Actas de Junta Administrativa julio de 1998, **Anexo C-32**, pág. 2 (Énfasis añadido).

512 Memorial de Réplica, párr. 64.

513 Memorial de Demanda, párrs. 68-69.

514 *Ibid.*, párr. 69.

generara aún flujos de caja negativos y en 2001 beneficios netos negativos[515]. El experto Kaczmarek había entonces indicado que el retorno sobre la inversión realizada en el primer quinquenio había sido de entre 4 y 6 por ciento, lo cual se encontraría por debajo del 7 por ciento "garantizado" por la LGE[516], y concluyó por lo tanto, diciendo que en 1998 las tarifas fueron fijadas a un nivel muy bajo[517]. En su Contestación, Guatemala ha explicado que las tarifas de EEGSA para el período 1998-2003, se fijaron antes del proceso licitatorio en base a un estudio técnico realizado por Synex con el auspicio del Banco Mundial[518]. Es decir, Teco conoció estas tarifas antes de decidir su inversión en EEGSA. También se explicó que los aumentos en el precio del petróleo y la devaluación de la moneda en 1999 fueron compensados por los ajustes periódicos que tienen lugar dentro de cada quinquenio según los mecanismos del marco regulatorio[519]. Explicó que, aun la propia TGH reconoció en el año 2000 su satisfacción con los resultados obtenidos por EEGSA[520], aún cuando era completamente irrazonable esperar que apenas se privatiza una compañía de servicios públicos como EEGSA, ésta pudiere generar beneficios en el primer o segundo año, ya que este tipo de inversiones reflejan resultados a largo plazo, tal como lo había aceptado el mismo Directorio de Teco[521]. Finalmente, Guatemala reiteró que la única rentabilidad que reconoce la LGE es sobre la base de capital de la empresa modelo, y no sobre la inversión real ni el precio pagado por el

---

515 *Ibid.*

516 Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 96. Notamos que en el Memorial de Demanda, TGH reporta incorrectamente las conclusiones de su experto, refiriendo a 3 y 4 por ciento en lugar de 4 y 6 por ciento (Memorial de Demanda, párr. 69).

517 Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 5; Memorial de Demanda, párr. 69.

518 Memorial de Contestación, párr. 245.

519 *Ibid*, párr. 245.

520 Guatemala demostró en su Contestación que TGH admitió haber percibido un poco más de US$ 2 millones de dividendos por su participación del 24% en la compañía en el período 1998-2003 y que EEGSA distribuyó dividendos por unos US$ 9 millones en el mismo período, lo cual por sí solo demuestra los excelentes resultados alcanzados por TGH en el comienzo de un contrato por 50 años. Esto quedó confirmado en el Libro de Actas de la Junta Directiva de Teco en enero de 2000 en el cual se lee "EEGSA overall income was higher than plan[ned]". *Ver* Memorial de Contestación, párr. 249.

521 *Ibid.*, párr. 247; "Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala", Libro de Actas de Junta Administrativa, julio de 1998, **Anexo C-32**, pág. 6 (*ver* "Conclusión and Recomendación").

inversor[522]. Adicionalmente, Guatemala indicó en cualquier caso que, por tratarse de una inversión a largo plazo, la rentabilidad de entre 7 por ciento y 13 por ciento prevista en la LGE debía analizarse sobre el período de la concesión y no solo sobre un quinquenio[523].

273. Por su parte, en su Memorial de Réplica, TGH sigue alegando que el VAD provisional de EEGSA para el período tarifario 1998-2003 "paralizó financieramente a la empresa"[524] y destaca las "importantes restricciones en el flujo de efectivo durante el primer quinquenio tarifario debido a las tarifas provisionales de la empresa, los rápidos incrementos en los precios del combustible y la devaluación de la moneda guatemalteca en el año 1999"[525]. TGH critica en el Memorial de Réplica que el VAD para dicho período tarifario no fuera calculado según el procedimiento previsto en los artículos 71 a 79 LGE, sino con arreglo al artículo 2 de las Disposiciones Transitorias de la LGE, que determina que la CNEE debía fijar el VAD de EEGSA en función de "valores usados en otros países que apliquen similar metodología", al no contar con información suficiente para realizar un estudio del VAD. TGH también cuestiona que la CNEE y la consultora Synex hayan utilizado datos comparables de El Salvador para calcular el VAD de EEGSA para el período en cuestión, lo cual supuestamente condujo a tarifas que resultaron ser "demasiado bajas" y "no cubría[n] ni los costos de operación ni las inversiones necesarias para actualizar y ampliar la precaria red eléctrica existente al momento de la privatización [de EEGSA]"[526]. Finalmente, TGH, a través del Sr. Kaczmarek, vuelve a insistir con que el retorno sobre la inversión realizada en el primer

522 Memorial de Contestación, párr. 248 y *ver* Sección V.A.2 arriba.

523 Con respecto al análisis de Kaczmarek presentado por TGH para dar sustento a su argumento, Guatemala ya ha referido que éste ignora por completo la reestructuración de actividades de EEGSA, y por lo tanto, no es confiable. Memorial de Contestación, párr. 248; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, párr. 87; Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párrs. 95-96.

524 Memorial de Réplica, II.C.

525 *Ibid*, párr. 69.

526 *Ibid*, párr. 70; Memorial de Demanda, párrs. 67; Maté, **Apéndice CWS-6**, párr. 3.

quinquenio fue entre 4 y 6 por ciento, lo cual se encontraría por debajo del 7 por ciento que, según TGH, "garantiza" la LGE"[527]. Las afirmaciones de TGH son erróneas.

274. Tal como lo indicó el testigo Ing. Moller en su declaración original, durante el proceso de fijación tarifaria de EEGSA en 1998 (que tuvo lugar antes de la licitación de la compañía, cuando todavía la empresa era propiedad del Estado) prevaleció el principio de que la determinación de la tarifa de distribución debía estar sujeta a criterios estrictamente técnicos, de modo que los futuros compradores de EEGSA tuvieren una indicación realista de los niveles tarifarios que obtendría la compañía en el futuro. Es decir, la cuestión fundamental a destacar aquí es que EEGSA se vendió "con un pliego tarifario vigente" y que los compradores jamás lo cuestionaron (hasta este arbitraje). Era evidente que mediante un aumento artificial de la tarifa para el período 1998-2003, el Estado de Guatemala hubiera podido obtener un mayor precio en la privatización de EEGSA. Sin embargo, para evitar crear falsas expectativas en los futuros inversores, las tarifas fueron fijadas en base al estudio tarifario que se encomendó a la consultora Synex, respetándose así el principio de la LGE de que las tarifas deben reflejar estrictamente el costo del sistema[528]. Por tanto cualquier reclamo que TGH pueda ahora hacer en contra del pliego tarifario 1998-2003 es extemporáneo.

275. Más aún, el argumento de TGH demuestra su inconsistencia cuando se lo contrapone al análisis efectuado en el Libro de Actas de la Junta Directiva de Teco de julio de 1998[529], donde se dejó constancia de que "[l]as tarifas de EEGSA serán reestructuradas de conformidad con la Ley. Las tarifas nuevas, válidas por un período de cinco años, fueron emitidas el 22 de junio de 1998, con metodologías que siguen de cerca los regímenes

---

527 Memorial de Réplica, párr. 70; Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 96. Volvemos a notar que TGH reporta incorrectamente las conclusiones de su experto, refiriendo a 3 y 4 por ciento en lugar de 4 y 6 por ciento (Memorial de Demanda, párr. 69 y Memorial de Réplica, párr. 70).

528 Declaración de Testigo Ing. Enrique Moller, Director de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala, 24 de enero de 2012 (en adelante ***Moller I***), **Apéndice RWS-2**, párr. 28.

529 Memorial de Contestación, párr. 230. *Ver también* "TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala", Libro de Actas de Junta Administrativa, julio de 1998, **Anexo C-32**.

tarifarios de Chile, Argentina y El Salvador"[530]. No parecen ser éstas las palabras de un inversor que se está quejando del pliego tarifario, a pesar de que luego en este arbitraje oportunísticamente haya decidido cambiar su discurso.

276. TGH también afirma equívocamente que el retorno sobre la inversión realizada por TGH en el primer quinquenio fue entre 4 y 6 por ciento, y que ello se encontraría por debajo del 7 por ciento que, según TGH, "garantiza" la LGE". Al respecto, cabe recordar que, tal como lo han indicado los expertos Abdala y Schoeters, lo que la LGE y el sistema de empresa modelo establecen es que las tarifas fijadas deben dar al distribuidor la posibilidad de acceder a una tasa de retrno de entre 7 y 13 por ciento sobre el VNR y no sobre el precio de compra como lo pretende TGH[531].

D. LA REVISIÓN TARIFARIA 2003-2008 EVIDENCIÓ LA NECESIDAD DE LA CNEE DE CONTAR CON SU PROPIO ESTUDIO TARIFARIO PARALELO

277. En su Memorial de Contestación, Guatemala explicó que en enero de 2003 comenzó la primera revisión tarifaria de las tres distribuidoras más grandes de Guatemala, EEGSA, Deorsa y Deocsa de acuerdo al nuevo marco legal establecido en 1998, mediante la cual se fijarían las tarifas para el quinquenio 2003-2008[532]. Explicó entonces Guatemala que a los fines de preparar la revisión tarifaria, la CNEE había contratado al consultor chileno Ing. Bernstein, uno de los autores del proyecto original de la LGE (y el responsable de la fijación de las tarifas del primer quinquenio a través de la consultora Synex), para que preparara un análisis sobre la metodología a utilizar en los Términos de Referencia de la revisión tarifaria del segundo quinquenio de las empresas de distribución eléctrica[533]. El análisis del Ing. Bernstein destacó la necesidad de que la CNEE, contratara a un experto externo para que realizara un estudio tarifario independiente de forma paralela al estudio del distribuidor, a fin de poder realizar un

530 Memorial de Contestación, párr. 230. *Ver también* "TECO Energy, Inc., Acción respecto a la privatización de una empresa de servicio eléctrica en Guatemala", Libro de Actas de Junta Administrativa, julio de 1998, **Anexo C-32**.

531 Abdala Schoeters, **Apéndice RER-1**, párrs. 7 y 39.

532 Memorial de Contestación, párr. 250.

533 *Ibid*; *Ver también* JS Bernstein "Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución", mayo de 2002, **Anexo R-23**.

análisis crítico de dicho estudio[534]. La misma recomendación había sido esbozada por el Lic. Leonardo Giacchino, consultor de EEGSA en las revisiones tarifarias de 2003 y 2008 y testigo en este arbitraje, poco tiempo antes, en el año 2000, en un artículo en el que destacó la importancia para los reguladores de contratar expertos externos a fin de contar con suficiente soporte técnico a la hora de evaluar los estudios tarifarios de las distribuidoras[535]. Así, siguiendo las recomendaciones del Ing. Bernstein, Guatemala

---

534 Tal como lo explicó el Ing. Bernstein en ese momento:

> Los VAD son calculados por los Distribuidores a través de un estudio encargado a una empresa consultora precalificada por la CNEE, el cual debe ceñirse a la metodología establecida por la Comisión en los términos de referencia de dichos estudios (Art. 74° de la [L]ey). No obstante, la CNEE puede observar los valores obtenidos y, de persistir las discrepancias, debe recurrirse a una Comisión Pericial integrada por 3 miembros (Art. 75° de la Ley). Para ejercer sus atribuciones de control, la CNEE debe tener la capacidad de efectuar un análisis crítico de cada paso del estudio desarrollado por los Distribuidores, lo que implica en la práctica realizar un estudio independiente, pero con la misma metodología.

Respecto de los Términos de Referencia, el Ing. Bernstein mencionaba los claros beneficios a la CNEE comparar los resultados del estudio del distribuidor con el estudio del regulador:

> [E]stablecer términos de referencia y metodologías de cálculo suficientemente precisos como para a) reflejar adecuadamente los conceptos de VAD contenidos en la Ley y en su Reglamento, evitando imprecisiones que pueden ser usadas para abultar los costos de distribución, b) poder comparar los resultados numéricos intermedios y finales obtenidos en los estudios de los Distribuidores y del Regulador, y ser capaz de apreciar las causas de esas diferencias […]

JS Bernstein "Algunos Aspectos Metodológicos a Considerar en los Términos de Referencia para los Estudios del Valor Agregado de Distribución", mayo de 2002, **Anexo R-23**, pág. 2 (Énfasis añadido).

535 El Lic. Giacchino indicó:

> The regulated tariff review caused most of the problems with the new regulatory frameworks to become apparent. Regulators and regulated utilities had difficulty agreeing on certain details, such as values of regulated assets, recalculation of original tariffs, the value of the efficiency factor in price cap regimes, and the improvement in quality of service.
>
> Each of these issues will continue to cause friction, especially in countries that have not yet had tariff reviews (eg, Mexico, El Salvador, Guatemala and Panama). To simplify the tariff review, each country should make its regulatory decisions more transparent. Some are already working toward this goal, developing measures such as regulatory accounting, service quality standards, and reports by outside experts.

contrató a los consultores externos de PA Consulting, pero por cuestiones presupuestarias, estos no prepararon un estudio tarifario paralelo, como hubiera sido deseable, sino que su apoyo se limitó a un análisis de los sucesivos informes de etapas del estudio tarifario[536]. EEGSA, por su parte, contrató para la confección de su estudio tarifario al equipo del Lic. Leonardo Giacchino, de NERA Economic Consulting (***NERA***). EEGSA contó también con el apoyo de la consultora argentina Sigla S.A. / Electrotek (***Sigla***), encargada de preparar el estudio de Caracterización de Carga, un componente importante del estudio tarifario[537].

278. El Ing. Colom explica en su declaración de Dúplica que cuando le tocó enfrentar las revisiones tarifarias de EEGSA, Deorsa y Deocsa en 2008 y 2009, analizó junto al personal de la CNEE la experiencia de la revisión tarifara 2003 para rescatar las lecciones aprendidas en dicha revisión[538]. Así, el Ing. Colom pudo confirmar que el hecho de que la CNEE no hubiera contratado un experto que realizara un estudio independiente para la revisión 2003-2008 había resultado, tal como lo había subrayado el Ing. Bernstein, en una importante limitación para la CNEE en su capacidad de supervisar los informes de etapa del equipo NERA[539]. Los motivos son evidentes: si bien la CNEE podía realizar observaciones puntuales al estudio de la distribuidora, no tenía un estudio de un consultor independiente contratado por la CNEE que le sirviere como referencia contra el cual podría comparar los resultados del estudio de la distribuidora. La revisión tarifaria de EEGSA en 2003 resultó en un incremento del VAD de EEGSA, que, en baja tensión subió de US$ 6,63/kW-mes a US$ 7,48/kW-mes (un aumento del 12,83 por ciento) y en media tensión pasó de US$ 5,10/kW-mes a US$ 8,71/kW-mes (un incremento del 70,78 por ciento)[540]. Como lo explicó el experto Damonte en su reporte

---

L Giacchino, et al., "Key regulatory concerns in Latin America energy, telecoms and water sectors in Latin America" (2000) Privatization International: Utility Regulation 2000 Series, Volume 2 Latin America, **Anexo R-21**, pág. 1 (Énfasis añadido).

536 Memorial de Contestación, párr. 255.

537 *Ibid*, párr. 256.

538 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 20.

539 *Ibid*.

540 Memorial de Contestación, párr. 258; Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 98.

inicial, los resultados de esta revisión tarifaria llevaron los valores de EEGSA a niveles muy desproporcionados respecto de la media en toda Latinoamérica[541].

279. En el Memorial de Réplica, TGH, con citas a sus testigos, los Sres. Maté y Calleja, sostiene que la CNEE y EEGSA trabajaron en un "clima de colaboración" durante la revisión 2003-2008[542] y niega que el respaldo obtenido de los consultores externos de la CNEE "se [haya] limit[ado] a un análisis de los sucesivos informes de etapas del estudio tarifario" y que el consultor "no [haya llegado] a analizar el estudio tarifario completo que presentó el distribuidor ni a realizar un estudio independiente en forma paralela", como ha explicado Guatemala en su Contestación[543]. Los Sres. Calleja y Giacchino agregan en ese sentido que "para la revisión de las tarifas de EEGSA para el período 2003-2008 la CNEE no solamente recibió financiamiento de USAID para contratar a PA Consulting como consultora externa sino que además creó un Comité Técnico para supervisar el proceso de revisión tarifaria […]"[544].

280. Lo que los Sres. Calleja y Giacchino omiten en su declaración es que tal como lo destaca el Ing. Colom, con cita a los Términos de Referencia de la revisión 2003-2008, el "Comité Técnico" que se formó estaba integrado por un sólo funcionario de la CNEE (el Gerente de Tarifas), ya que sus otros integrantes eran los consultores técnicos externos de la CNEE, o sea PA Consulting[545]. Este "Comité Técnico" tenía que ocuparse de una larga enumeración de tareas en relación con la revisión en curso[546]. Así, si bien a Guatemala no le consta que la relación de trabajo entre EEGSA y la CNEE durante la revisión tarifaria de 2003 haya sido cordial o no, pero TGH no puede negar algo que es

---

541 Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 251-256. Respecto de las críticas de TGH al benchmarking del Ing. Damonte ver Sección V.E.11 más abajo y Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, Sección 3.5.3.

542 Memorial de Réplica, párr. 79; Maté, **Apéndice CWS-6**, párr.4; Calleja, **Apéndice CWS-3**, párr. 10; Giacchino, **Apéndice CWS-4,** párr. 10.

543 Memorial de Réplica, párr. 80; Memorial de Contestación, párr. 255.

544 Memorial de Réplica, párr. 82.

545 Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**. (Énfasis añadido), artículo A.7.1. *Ver también* Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 22.

546 Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, artículo A.7.2. *Ver también* Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 22.

evidente: entre el equipo técnico de la CNEE y el equipo técnico de EEGSA y su consultora existió en la revisión de tarifas del año 2003 una disparidad de fuerzas abismal. Las consecuencias de tal desbalance fueron evidentes: la CNEE vio limitada su capacidad de revisar la voluminosa información del distribuidor relativa a la justificación de los precios de referencia para la fijación del VNR[547]. Tal como lo explica el Ing. Colom fue precisamente por esta disparidad que la CNEE decidió en 2007 ampliar la base de personal de la División de Tarifas y crear dos Departamentos y una Unidad con personal propio para las revisiones tarifarias[548]. Además, la CNEE contrató a Sigla (que como se indicó, había asesorado a EEGSA en la revisión tarifaria anterior), para que como consultor precalificado externo de la CNEE no solo le asesorare en la revisión de los estudios tarifarios de EEGSA, sino que también preparare un estudio tarifario independiente. Así, durante la revisión tarifaria de 2007, la CNEE contó con un mínimo de 16 técnicos propios trabajando a tiempo completo en las cuestiones tarifarias, además de los equipos de la consultora Sigla. Es claro que la configuración con la que la CNEE afrontó la revisión tarifaria en 2007, aseguró que el regulador contara con los recursos necesarios para cumplir con sus funciones correctamente, reduciendo los riesgos de asimetría de información o inequidad de recursos con lo distribuidores Tal como lo explicaron los Ingenieros Moller y Colom, ello se realizó invirtiendo fondos propios del presupuesto propio de la CNEE, y lógicamente resultó en una intensificación del control sobre el trabajo del distribuidor y su consultora en comparación con la revisión anterior[549].

---

547 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 49; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4,** párr. 23.

548 Ello incluyó, primero, el Departamento de Ajustes Tarifarios integrado por seis (hoy son siete) profesionales encargados de revisar y realizar los análisis para los ajustes periódicos (trimestrales, semestrales y anuales) de las tarifas de distribución y realizar los estudios para el cálculo de la retribución de la red de transporte. Segundo, el Departamento de Estudios Tarifarios encargado de realizar el análisis de los informes de etapa que entrega cada distribuidor durante la realización de su estudio tarifario cada cinco años y coordinar, revisar y dar seguimiento a las tareas realizadas por los consultores externos que asisten a la CNEE. Este departamento lo integran cinco profesionales y tres técnicos, quienes realizan el análisis de la red de distribución, auditorías de campo y actividades de fiscalización. Ellos coordinan a su vez la ejecución de los estudios tarifarios de respaldo. Tercero, la Unidad del Sistema Uniforme de Cuentas integrado por dos profesionales a cargo del análisis de la información financiera y técnica entregada por los distribuidores. (*Ver* Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 26.)

549 Colom I, **Apéndice RWS-1**, párr. 26; Moller I, **Apéndice RWS-2**, párr. 40.

281. Así, si bien es entendible que los Sres. Maté y Calleja indiquen su preferencia por trabajar con un equipo de control del ente regulador más reducido, como sucedió en 2003, ello lógicamente de ninguna manera puede constituir una crítica al hecho de que la CNEE buscó mejorar los estándares de calidad del proceso de revisión tarifaria, para asegurar que las tarifas resultantes realmente reflejaren el costo eficiente del servicio de distribución, tal como lo requiere la LGE.

E. EL PROCESO DE REVISIÓN TARIFARIA PARA EL PERÍODO 2008-2013

1. EEGSA utilizó el amparo contra los Términos de Referencia Originales de abril de 2007 como una herramienta de presión para lograr concesiones de la CNEE, quejándose de las mismas previsiones que había aceptado en los Términos de Referencia de la revisión tarifaria de 2003

282. En el Memorial de Contestación, Guatemala explicó que para la preparación de los Términos de Referencia de la revisión tarifaria que fijaría las tarifas de las distribuidoras para el período 2008-2013, los equipos técnicos de la CNEE consultaron con entes reguladores de Chile, Perú y Argentina, y contrataron expertos técnicos peruanos y argentinos para que le brindaran asesoramiento[550]. Este asesoramiento incluyó la revisión conjunta de varios componentes de los Términos de Referencia a fin de que se ajustaran a los criterios de la LGE y su Reglamento, así como a la práctica regulatoria en otros países[551]. Del resultado de esta tarea surgieron los Términos de Referencia para el período 2008-2013, los cuales fueron publicados por la CNEE mediante el oficio CNEE-13680-2007 de 30 de abril de 2007 (los ***Términos de Referencia Originales***)[552]. En mayo de 2007, EEGSA, haciendo uso de su derecho, objetó estos Términos de Referencia administrativamente y luego ante la justicia por vía de una acción de amparo,

---

550 La CNEE contrató a Edwin Quintanilla Acosta y Miguel Révolo, respectivamente Gerente General y Gerente de Regulación de Distribución Eléctrica del organismo regulador y supervisor de las actividades de electricidad, hidrocarburos, gas natural y minería del Perú, y quienes acababan de participar en la revisión tarifaria en su país. También contrató al consultor argentino Alfredo Campos, ingeniero electromecánico, dedicado a las consultorías independientes, y con experiencia en el sector eléctrico latinoamericano (*ver* Contestación, párr. 289)

551 Memorial de Contestación, párrs. 289

552 Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 13680-2007, 30 de abril de 2007, **Anexo R-38**.

lo que provocó la suspensión del proceso de revisión tarifaria[553]. Como explicó Guatemala en su Contestación, EEGSA utilizó su amparo como una herramienta de presión para lograr concesiones de la CNEE, quejándose en 2007 de las mismas previsiones en los Términos de Referencia que la compañía había aceptado en la revisión tarifaria de 2003[554]. Más aún, la simple revisión del amparo de EEGSA evidenciaba que el distribuidor estaba desconociendo principios elementales de la LGE, incluida la facultad legal de la CNEE de fijar la metodología de la revisión tarifaria y declarar "procedente o improcedente" el estudio en caso de que no se conformarse a dicha metodología[555]. Tal como indicó Guatemala, con el fin de poder avanzar con los plazos perentorios para la revisión tarifaria, la CNEE decidió incorporar algunos de los cambios solicitados por EEGSA que no afectaban los principios de la LGE ni las potestades y obligaciones que ésta le asigna en exclusivo a la CNEE[556].

283. En Memorial de Réplica, TGH alega que EEGSA se opuso a los artículos de los Términos de Referencia del período 2003-2008 que eran equivalentes a los artículos de los Términos de Referencia Originales de 2007 que motivarían su acción de amparo[557]. Indica además TGH que al impugnar los Términos de Referencia Originales, "EEGSA no pasó por alto los principios básicos de la LGE sino que intentó aplicar el marco regulatorio con arreglo al cual se había adquirido la empresa". TGH en su Memorial de Réplica acepta que "algunas de las disposiciones de los [Términos de Referencia Originales] eran similares a disposiciones de los [Términos de Referencia de 2003-2008]" pero, según TGH, el impacto de esas disposiciones era esencialmente distinto, dado el texto modificado del artículo 98 del Reglamento, que cobró vigencia poco después de que la CNEE emitiera los [Términos de Referencia Originales] el 30 de abril de 2007" y que, según TGH, daba a la CNEE "motivos para dar por 'no recibido' el

553 Memorial de Contestación, párrs. 299

554 *Ibid*, párrs. 303-305, en particular, *ver* cuadro comparativo en párr. 301.

555 *Ibid*, párrs. 303-304.

556 *Ibid*, párrs. 306-318.

557 Memorial de Réplica, párr. 104.

estudio del consultor a fin de desestimarlo y de ese modo fijar las tarifas de EEGSA a su antojo"[558]. Como se desarrolla debajo, los argumentos de TGH son falsos.

a. Los Términos de Referencia de la revisión tarifaria de 2003-2008 reflejaron las facultades de la CNEE bajo el marco regulatorio y fueron aceptados por EEGSA y TGH

284. TGH sostiene en su Memorial de Réplica que EEGSA sí emitió quejas a los Términos de Referencia en 2002[559], y cita para ello dos documentos a que refiere TGH como supuestamente representativos de la queja de EEGSA contra los Términos de Referencia 2003-2008 (como veremos más abajo[560], TGH deliberadamente omite referir al recurso administrativo que presentó y luego desisitió contra estos Términos de Referencia). El primero es un documento titulado por TGH para este arbitraje "Comentarios de EEGSA sobre los TdR de 2002" **(C-440)** en el que se reflejan comentarios en control de cambios a lo que parece ser un borrador en formato Word del texto de los Términos de Referencia de 2003. El valor probatorio de este documento debe necesariamente descartarse: el mismo no contiene fecha (aunque TGH le asigna fecha de "Feb 2002" en su lista de documentos[561]), no lleva membrete, no está firmado, no identifica a su autor y no incluye ninguna constancia de que haya sido enviado por EEGSA o recibido por la CNEE. El segundo documento es una nota enviada a la CNEE el 27 de septiembre de 2002 por PA Consulting, consultora de la CNEE durante la revisión tarifaria de 2002. En la nota, PA Consulting discute ciertos comentarios de EEGSA a los Términos de Referencia en cuestión (distintos de la nota anteriormente mencionada como Anexo C-

558 *Ibid*, párr. 105.

559 *Ibid*.

560 Ver párr. 284 arriba.

561 La conducta de TGH en relación con este documento (Anexo **C-440**) demuestra mala fe de la Demandante y prueba que el mismo debe ser desestimado. A diferencia de su práctica habitual con los demás anexos citados a lo largo de su Réplica, TGH omite indicar la fecha del Anexo **C-440** al pie de página al referirlo en la Réplica, y sólo lo data como de "Feb 2002" en el índice de documentos. Como se explica a continuación (nota al pie), ello responde al hecho de que TGH intenta presentar este documento como generador de los comentarios de la consultora de la CNEE, PA Consulting en el Anexo **C-447** de 27 de septiembre de 2002. Es inverosímil que PA Consulting fuera a tomarse cinco meses para responder a los comentaros de la consultora, lo que confirma la falsedad de dichos comentarios.

440[562]). De la nota de PA Consulting no es posible determinar si EEGSA cuestionó –siquiera en este modo informal- los artículos A.6.2, A.6.3, A.6.4, A.6.7 y A.6.8 de los Términos de Referencia de 2003, equivalentes a los artículos 1.7.4 y 1.9 de los Términos de Referencia Originales de 2007 a los que EEGSA se opuso en su acción de amparo[563]. Pero la propia nota de PA Consulting (presentada por TGH en este arbitraje) denuncia cómo ya en 2002 EEGSA pretendía desconocer la institucionalidad y funciones asignadas por la ley a la CNEE durante el proceso de revisión tarifario, mostrando un absoluto desconocimiento del marco legal. Comentan los consultores de PA Consulting en esta nota:

> […] [E]n términos generales entendemos que la presentación de EEGSA, excede lo que puede calificarse de "comentarios", para constituir una verdadera revisión y corrección de los [Términos de Referencia], modificando aspectos de fondo vinculados a la forma de control e interpretando restrictivamente las atribuciones y responsabilidad que le corresponden a la CNEE. Inclusive llega a imponerle plazos a cumplir por la CNEE, así como compromisos y definiciones que no surgen de la Ley General de Electricidad y que carecen de sustento en el marco legal vigente. EEGSA suprime en forma temeraria la atribución asignada a la CNEE por la propia LGE de objetar.
>
> […] Se limita el pedido de información por parte de la CNEE a que sea debidamente justificado, sin aclarar quién debe justificarlo y cómo. […] Con esta sugerencia la EEGSA introduce una fuerte limitación en el acceso a la información que es esencial frente al desequilibrio existente entre controlador y controlado. La limitación sugerida resulta improcedente a tenor de las facultades otorgadas por la Ley a la CNEE en lo relativo al pedido de información en general y a la revisión tarifaria en particular.
>
> […] La EEGSA propone eliminar que la documentación presentada pueda replicarse, esto es verificar el proceso de cálculo. Esto resulta esencial para poder reproducir el proceso, detectar errores y en todo caso rehacer el estudio. […] Por

562 TGH presenta la nota de PA Consulting como si fuera una respuesta al Anexo **C-440**, a pesar de que la nota de PA Consulting está fechada casi 7 meses mas tarde que la fecha que TGH le asigna al documento **C-440** (referido como de "Feb 2002" en el índice). *Ver* nota al pie 561 arriba.

563 *Ver* Amparo de EEGSA ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, 29 de mayo de 2007**, Anexo C-112**.

> otra parte en función de todo lo ya expuesto en el presente con relación a las facultades legales de la CNEE en la revisión tarifaria, no puede admitirse lo peticionado.
>
> […] La EEGSA pretende eliminar la atribución de que la CNEE objete las conclusiones parciales o finales del estudio, reemplazando esa atribución por la de "formular observaciones". Esto no se condice con la responsabilidad que le cabe a la CNEE […]
>
> […] Se pretende que la información básica para determinar los SER, no sea entregada a la CNEE. Esto resulta inadmisible ya que constituye la base del estudio.
>
> […] Se pretende asignar a la Consultora el valor de las vidas útiles de las instalaciones. Entendemos que a lo sumo la Consultora puede proponer los valores que aprobará la CNEE.
>
> […] EEGSA interpreta que la CNEE debe efectuar al menos dos estudios para definir la tasa de actualización […] [pero] pretende agregar algo que no está ni en la Ley ni en el Reglamento esto es que "una vez informada la DISTRIBUIDORA de la tasa de actualización por parte de la CNEE la distribuidora podrá formular observaciones al respecto en el plazo máximo de 15 días calendario. La CNEE resolverá en el plazo máximo de 15 días calendario a partir de la recepción de las observaciones por parte de la distribuidora". Aparentemente la EEGSA asume el rol del regulador al proponer plazos para definiciones que no están previstas en la Ley y que no son aconsejables.
>
> […] Se pretende que la Consultora defina el factor de reducción anual que tome en cuenta el efecto de economías de escala y mejora de eficiencia. Este factor corresponde que sea evaluado y definido por la CNEE, la Consultora puede a lo sumo efectuar sugerencias o recomendaciones[564].

285. Como queda evidenciado del análisis de este documento, EEGSA ya en 2002 dejaba traslucir un completo desconocimiento del marco legal de la revisión tarifaria, pretendiendo (1) omitir la entrega de información que permitiera al regulador llevar a cabo una adecuada tarea de control; (2) atribuirse a sí misma y a su consultor en el proceso de revisión tarifaria facultades que la LGE atribuía a la CNEE.

---

564 Carta de Claudio Guidi, Alejandro Susana, y Susana Latrónio de PA Consulting a Sergio Velasquez de CNEE, 27 de septiembre de 2002, **Anexo C-447**.

286. Hay un detalle importante sobre esta cuestión, que TGH y sus testigos omiten mencionar: EEGSA sí interpuso un recurso judicial contra la Resolución que aprobó los Términos de Referencia de 2003, quejándose de algunas de las provisiones de las que después se quejaría en 2007[565]. Pero tal acción fue desistida por TGH a las pocas semanas de iniciada[566]. Obviamente, TGH y sus testigos son conscientes de ello y han omitido mencionarlo al discutir este tema. El efecto de dicho desistimiento es clave: lejos de quejarse de los Términos de Referencia de 2003, significa que EEGSA los consintió y aceptó su contenido.

287. La CNEE finalmente mantuvo sin cambios el texto de los Términos de Referencia y en su versión finalmente aprobada (y aplicada sin ningún cuestionamiento) se resguardaron las facultades básicas del ente regulador durante el proceso de revisión tarifaria para el período 2003-2008. EEGSA aceptó la legalidad de estos Términos de Referencia al no interponer ningún recurso contra ellos y la revisión transcurrió normalmente. La propia TGH acepta este punto específicamente cuando señala en su Memorial de Réplica que "La revisión de tarifas de EEGSA para el período tarifario 2003-2008 se realizó de conformidad con los requisitos impuestos en la LGE y el [Reglamento]". En dichos Términos de Referencia se estableció, en particular:

- la facultad de la CNEE para requerir información y suspender el trámite del estudio tarifario si el mismo no siguiere los Términos de Referencia[567];

---

565 Proceso Contencioso Administrativo de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima (EEGSA) en contra del Ministerio de Energía y Minas por emitir providencia identificada con el número 562 de fecha 24 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003, **Anexo R-169**.

566 Desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima (EEGSA) en contra del Ministerio de Energía y Minas por emitir providencia identificada con el número 562 de fecha 24 de febrero de 2003 134-02 Of. y Not. 2º Memorial 2681, Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 3 de septiembre de 2003, **Anexo R-171.**

567 Los artículos A.6.2. y A.6.3. de los Términos de Referencia 2003-2008 previeron:

> A.6.2. [Al presentar los informes], la CNEE tiene potestad legal para requerir información adicional y para suspender el conocimiento de todo desarrollo ulterior del ESTUDIO si, a su propio juicio expresado explícita, motivada y razonadamente, éste se estuviese ejecutando con desconocimiento, alejamiento, o incumplimiento de los presentes TdR.
>
> A.6.3. En el caso de que la CNEE detecte apartamientos de los lineamientos teóricos, metodológicos o procedimentales determinados en

- la obligación del distribuidor, a través de su consultora, de efectuar las correcciones al estudio tarifario requeridas por la CNEE a fin de que se ajustare a los Términos de Referencia[568]; y

- la obligación del distribuidor de acompañar la información de soporte del estudio tarifario y de que dicho estudio sea trazable[569].

288. En definitiva, el texto de los Términos de Referencia 2003-2008, y el hecho de que hubieren sido aceptados por parte de EEGSA es la mejor prueba de que EEGSA ya había conocido y aceptado las facultades de la CNEE bajo el marco legal antes de que

---

> los presentes TdR, objetará la continuación del desarrollo del ESTUDIO. […]

Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25** (Énfasis añadido).

568 El artículo A.6.4. de los Términos de Referencia 2003-2008 previó:

> A.6.4. Cuando los resultados intermedios sean objetados por la CNEE, la CONSULTORA deberá rehacer las labores que sean del caso, a fin de enmendar la objeción según lo que instruya y en el plazo que establezca la CNEE.

Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25** (Énfasis añadido).

569 Los artículos A.6.7. y A.6.8. de los Términos de Referencia de la revisión 2003-2008 previeron:

> A.6.7. Estos TdR determinan que el Estudio Tarifario que la DISTRIBUIDORA debe enviar a la consideración de la CNEE estará constituido por el conjunto completo de Informes y Resultados aquí establecidos. Si faltase alguno de ellos, el CT así lo comunicará a la DISTRIBUIDORA y, mientras no se reciba la información faltante, la CNEE considerará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 98 del REGLAMENTO, que el Estudio Tarifario aún no ha sido entregado a consideración de la CNEE. […]
>
> A.6.8. 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 distorsionada.

Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25** (Énfasis añadido).

surgieran las discusiones en la revisión tarifaria de 2007, tal como se explica en la sección que sigue.

b. EEGSA utilizó el amparo contra los Términos de Referencia como una herramienta de presión para lograr concesiones de la CNEE, quejándose de las mismas previsiones que había aceptado en la revisión tarifaria 2003-2008 y desconociendo principios elementales de la LGE

289. Tampoco es procedente el argumento de TGH de que el amparo contra los Términos de Referencia Originales de 2007 tuvo como objetivo el "intentar aplicar el marco regulatorio con arreglo al cual se había adquirido la empresa"[570]. Como se indicó más arriba, EEGSA (y TGH) habían aceptado sin objeción las mismas disposiciones en los Términos de Referencia de 2003, que dieron las mismas o mayores facultades de control a la CNEE sobre el estudio tarifario de EEGSA que los Términos de Referencia Originales (inclusive utilizando el mismo lenguaje)[571]. Como se explica a continuación, el amparo contra los Términos de Referencia Originales fue utilizado por EEGSA como una herramienta de presión para lograr concesiones adicionales de la CNEE.

290. El recurso de amparo que presentó EEGSA contra los Términos de Referencia Originales es en sí mismo un documento revelador. En él EEGSA no solo rechazó una metodología que ya había sido aceptada por la propia EEGSA en la revisión 2003-2008 pero además cuestionó las bases fundamentales del marco regulatorio eléctrico bajo el cual TGH y sus socios habían decidido invertir en 1998[572]. Por ejemplo, EEGSA indicaba que correspondía a su consultor elaborar el estudio tarifario "utilizando los criterios técnicos y metodológicos que estime adecuados y razonables para realizar el trabajo que se le pide"[573], desconociendo así la potestad legal de la CNEE de fijar la metodología y declarar "procedente o improcedente" (en el lenguaje original del Reglamento "aceptar o rechazar") el estudio en caso de no conformarse a los Términos

570 Memorial de Réplica, párr. 106.

571 *Ver también* Memorial de Contestación, párrs. 300-305, en particular, *ver* cuadro comparativo en párr. 301.

572 Carta de Claudio Guidi, Alejandro Susana, y Susana Latrónio de PA Consulting a Serio Velasquez de CNEE, 27 de septiembre de 2002, **Anexo C-447**.

573 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2-2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**, pág. 8 (Énfasis añadido).

de Referencia[574], como ya se ha explicado[575]. Además de ello, el amparo incluía acusaciones contra la CNEE, como la de "abuso de poder", por definir en los Términos de Referencia Originales la vida útil de las instalaciones en 30 años (Sección 6.5), exactamente la misma cantidad de años que se lee en los Términos de Referencia de la revisión 2003-2008 (Sección D.4.2), y que jamás habían sido objetados[576]. El amparo también calificaba a la Sección 1.6 de los Términos de Referencia Originales que establecía que la propiedad del estudio tarifario correspondía indistintamente a la CNEE y a EEGSA, como una "violación al derecho de propiedad" y una "confiscación"[577]. Sin embargo, EEGSA parecía olvidar que el artículo A.5 de los Términos de Referencia 2003-2008 ya había establecido en prácticamente los mismos términos que el estudio tarifario "pertenecen indistintamente a la Distribuidora y a la CNEE"[578].

291. En definitiva, los principales argumentos de EEGSA en su acción de amparo no eran ni técnicos ni de carácter metodológico sino legales, tendientes a obtener de los tribunales una autorización general para apartarse discrecionalmente de los Términos de Referencia una vez iniciado el proceso de revisión tarifaria. La actitud de EEGSA de cuestionar al inicio mismo del proceso de revisión tarifaria las potestades de la CNEE que había aceptado en 2002 fue el preanuncio de la hostilidad y falta de colaboración que la CNEE enfrentaría por parte de EEGSA durante dicha revisión.

---

574 Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98; LGE **Anexo R-8**, arts. 4(c), 77 y 78 (la CNEE es la única que revisa la metodología para determinar las tarifas).

575 La interpretación de EEGSA llevaba, por el contrario, a que el distribuidor y el consultor adquiriera el poder de "determinar" los Términos de Referencia, cuestión que desvirtuaba el equilibrio de facultades conferidos por la LGE a la CNEE por un lado, y al distribuidor y su consultor por el otro

576 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2- 2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**, pág. 21; Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 13680-2007, 30 de abril de 2007, **Anexo R-38**, sección 6.5; Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, sección D.4.2.

577 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2-2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**, pág. 16.

578 Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 88-2002, 23 de octubre de 2002, **Anexo R-25**, punto A.5.

c. El amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia Originales no estuvo basado en el potencial efecto del reformado artículo 98

292. TGH en su Memorial de Réplica termina por aceptar que "algunas de las disposiciones de los [Términos de Referencia Originales] eran similares a disposiciones de los [Términos de Referencia de 2003]", pero luego intenta una teoría según la cual, "el impacto de esas disposiciones era esencialmente distinto, dado el texto modificado del artículo 98 del Reglamento, que cobró vigencia poco después de que la CNEE emitiera los [Términos de Referencia Originales] el 30 de abril de 2007". Así, según TGH, "[m]ientras que en 2002 la CNEE no tenía demasiados incentivos para considerar 'no recibido' el estudio de EEGSA, puesto que habría continuado en vigencia su pliego tarifario anterior, no era ese el caso en 2007, cuando la CNEE sí tenía motivos para dar por 'no recibido' el estudio del consultor a fin de desestimarlo y de ese modo fijar las tarifas de EEGSA a su antojo"[579]. Es decir, según este argumento de TGH, EEGSA habría aceptado las facultades de la CNEE en los Términos de Referencia 2003-2008, pero luego en 2007, a la luz de la reforma del artículo 98 decidió cuestionar los Términos de Referencia Originales. Como se explica a continuación, este argumento ha sido evidentemente preparado para los efectos de este arbitraje y no resiste el menor análisis.

293. Primeramente, si fuere cierto lo que indican los Sres. Maté y Calleja que la interacción entre los Términos de Referencia y el nuevo artículo 98 les preocupó especialmente[580]— es claro que lo que debieron haber hecho es impugnar la reforma del artículo 98. Pero no lo hicieron, como tampoco lo hicieron los demás distribuidores (Deorsa y Deocsa) controlados por accionistas extranjeros[581]. Y la razón por la cuál no lo hicieron es que el artículo 98 reformado y los Términos de Referencia no agregaron ni quitaron nada que no estuviere dentro de las facultades ya asignadas por la LGE a la CNEE. Los Términos de Referencia Originales, en línea con los Términos de Referencia de 2003-2008, simplemente aplicaron el procedimiento de revisión tarifario conforme el marco regulatorio general.

579 Memorial de Réplica, párr. 105.

580 *Ibid*.

581 Memorial de Contestación, párr. 283.

294. En segundo lugar, la prueba documental del caso confirma que la interacción entre el texto del artículo 98 y los Términos de Referencia Originales no generaron ninguna preocupación especial en EEGSA. Por un lado, el amparo contra los Términos de Referencia no está basado en la reforma del artículo 98 ya que no hay ninguna referencia que critique dicha reforma[582]. Ello queda confirmado al revisar el escrito de comentarios a los Términos de Referencia Originales que EEGSA presentó a la CNEE en mayo de 2007, en donde en ningún momento se justifica el pedido de cambios en referencia a la reforma del artículo 98[583]. Tampoco presenta TGH ningún dictamen legal de EEGSA contemporáneo al dictado de los Términos de Referencia y la reforma del artículo 98 que analice la supuesta interacción entre el texto del artículo 98 y los Términos de Referencia Originales. Es decir, esta cuestión nunca fue mencionada por EEGSA como una preocupación especial.

295. En realidad, se trata de otro argumento preparado de manera oportunista por TGH como resultado de su revisión del caso *Iberdrola*. Prueba concluyente de ello, tal como se explicó al discutir la defensa de jursidicción de Guatelama[584], es que en la "notificación de intención de someter la controversia a arbitraje" que envió a Guatemala el 9 de enero de 2009 (antes del inicio de los intercambios escritos en *Iberdrola*), la detallada síntesis fáctica de la disputa que presentó TGH no incluyó una sola referencia a la reforma del artículo 98. Solamente después de haber revisado los intercambios entre las partes en el caso *Iberdrola* TGH presentó este argumento en su Notificación de Arbitraje de octubre de 2010. De cualquier modo, en el propio caso *Iberdrola* el Tribunal terminó rechazando en su laudo que dicha reforma tuviera cualquier relevancia[585].

296. No debe quedar sin contestar, finalmente, el argumento de TGH que asume que bajo los Términos de Referencia Originales, tendría "incentivos" para rechazar el estudio

582 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2-2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**.

583 Nota No. GG-038-07 de EEGSA a la CNEE adjuntando Comentarios de EEGSA sobre los Términos de Referencia, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**.

584 Ver párr. 41 arriba.

585 *Iberdrola Enegía S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5) Laudo, 17 de agosto de 2012, **Anexo RL-34**.

tarifario del distribuidor y fijar las tarifas "a su antojo"[586]. Esta acusación es infundada y oportunista. No presentan ni TGH ni sus testigos, evidencia alguna de soporte y olvidan que los procesos tarifarios de los demás distribuidores eléctricos (también controladas por accionistas extranjeros) se desarrollaron bajo Términos de Referencia similares y bajo la vigencia del reformado artículo 98, sin que se verificara ninguna de las teorías conspirativas que ahora presentan al Tribunal. En efecto, tal como explica el Ing. Colom, la CNEE también encargó estudios tarifarios independientes a la consultora Sigla para las revisiones tarifarias de Deorsa y Deocsa, de modo de contar con un *benchmark* a la hora de revisar los estudios de los distribuidores pero, a diferencia de lo sucedido con EEGSA, ante el cumplimiento por éstas compañías del procedimiento legal y los Términos de Referencia aplicables, la CNEE no tuvo necesidad de utilizar el estudio paralelo para fijar las tarifas respectivas[587]. Así, queda claro que las acusaciones de TGH carecen de cualquier sustento.

2. EEGSA aceptó sin ningún cuestionamiento los Términos de Referencia Finales de la revisión tarifaria 2008-2013

a. los Términos de Referencia Finales de la revisión tarifaria 2008-2013 mantuvieron intactas las facultades de la CNEE en el proceso de revisión tarifaria

297. Guatemala explicó en su Contestación que, ante el hecho de que una corte inferior de justicia guatemalteca había dispuesto, de forma preliminar y sin analizar el fondo del amparo solicitado por EEGSA, suspender los efectos de los Términos de Referencia Originales a la espera de una resolución sobre el fondo de la solicitud[588]. Reconociendo que los retrasos en la resolución del fondo conllevaría la imposibilidad de aprobar los Términos de Referencia dentro de los plazos legales, el nuevo Directorio de la CNEE aceptó unos cambios para que EEGSA retirara su acción de amparo. Tal como explicó el Ing. Colom, ello fue decidido con un criterio de practicidad, con el fin de lograr un avance en el proceso de revisión tarifaria y evitar que el mismo quedara en suspenso

586 Memorial de Réplica, párr. 105

587 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 12.

588 Acción de amparo de EEGSA contra los Términos de Referencia, Amparo C2-2007-4329, 29 de mayo de 2007, **Anexo C-112**.

hasta tanto los tribunales e incluso la Corte de Constitucionalidad emitieran una decisión sobre el fondo del asunto, lo cual podía llevar varios meses, quedando la CNEE imposibilitada de determinar el nuevo pliego tarifario hasta ese entonces[589]. Para la revisión de los Términos de Referencia Originales, la CNEE decidió contratar a los Ingenieros Alejandro Arnau y Jean Riubrugent, de la consultora precalificada Mercados Energéticos, para que prestaren asesoría externa especializada a la División de Tarifas. Como explicó Guatemala, como resultado de este análisis, se decidió incorporar algunos cambios solicitados por EEGSA que no afectaban los principios de la LGE ni las facultades de la CNEE[590]. Entre ellos, se eliminó la referencia del artículo 1.8 a que el estudio sería considerado "no recibido" si el consultor omitía los "resultados solicitados" (a pesar de que la misma disposición había sido aceptada por EEGSA en la revisión 2003-2008). Sin embargo, se confirmó la necesidad de que el consultor realizara las correcciones requeridas, tal como ha quedado explicado más arriba al analizar el texto de este artículo[591]. Asimismo, se incorporó una disposición, el artículo 1.10, mediante la cual se estableció que el consultor de EEGSA podría excepcionalmente apartarse de los

589 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 66; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 26.

590 Entre otros, se introdujeron los siguientes cambios:

- se estableció que el plazo que contaba para dar por cumplida la entrega del estudio tarifario a los fines del Reglamento era el de la entrega del estudio completo y no de los informes de etapa;
- se eliminó la etapa de la audiencia pública ya que si bien contribuía a la transparencia del proceso, y la CNEE la consideraba una buena práctica regulatoria, no estaba prevista en la LGE o en el Reglamento. Se prefirió aceptar la objeción de EEGSA a fin de no dilatar más el avance de la revisión tarifaria (Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5)
- se modificó la fórmula de recuperación de capital, tal como había sido sugerido en ocasión de la revisión tarifaria de EEGSA en 2003 por el propio Lic. Giacchino (en ese entonces consultor de NERA), pasando de un método de capital constante a uno de depreciación constante (*Ver* G Berchesi y L Giacchino, National Economic Research Associates, "Informe de Etapa E: Valor Agregado de Distribución y Balance de Potencia y Energía", 27 de junio de 2003, revisado el 30 de julio de 2003, **Anexo C-75**, pág. 7). Para esta revisión, se consideró que los bienes de las distribuidoras (EEGSA, Deorsa y Deocsa) estaban depreciados en un 50 por ciento (*Ver* Resolución CNEE-5-2008, **Anexo R-54**, 17 de enero de 2008, artículo 8.3.); y
- se incorporó un agregado al artículo 1.5 de los Términos de Referencia, en el que se estableció la obligación del consultor de mantener un criterio profesional independiente del distribuidor que le había contratado. (Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, artículo 1.5)

591 *Ver* arriba en párr. 243.

Términos de Referencia, siempre que existieran razones justificadas para ello, las cuáles debían ser explicadas por el consultor a la CNEE[592]. Las justificaciones permitirían a la CNEE analizar la cuestión, y decidir si el apartamiento era razonable y por lo tanto si le era o no aceptable, para efectos de modificar los Términos de Referencia.

298. En su Memorial de Réplica, TGH discrepa con este análisis y, con cita a sus testigos, indica que "[s]egún el Artículo 1.10, la CNEE no tenía la facultad de 'aprobar' la desviación de los [Términos de Referencia por parte del consultor, sino que lo que dispone el Artículo 1.10 es que la CNEE puede efectuar observaciones con respecto a si la desviación está justificada en los términos de la LGE y RLGE" y que en caso de que las partes no coincidan "en cuanto al carácter justificado de ese apartamiento, se habría designado una Comisión Pericial para resolver la diferencia[593]. Este análisis es incorrecto ya que ignora, una vez más, las elementales premisas sobre las que se basa el marco regulatorio eléctrico en Guatemala y el registro documental que refleja las discusiones que resultaron en la cláusula 1.10 de los Términos de Referencia.

299. Primeramente, conviene recordar el marco legal que regula esta cuestión. Como ya se ha indicado, la LGE expresamente dispone que la CNEE es quien define la metodología de cálculo de las tarifa de distribución[594]. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha señalado expresamente que tal facultad es indelegable por la CNEE, y no puede ser

---

592 Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, Anexo R-53, artículo 1.10:

> 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 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 TdR.

593 Alegría Réplica, **Apéndice CER-3,** párrafo 60; *ver también* Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9,** párrafo 20; LGE, **Anexo R-8**, artículo 75.

594 *Ver* arriba en 225 y ss.

ejercida ni por el distribuidor, su consultor o la Comisión Pericial[595]. Guatemala explicó en su Contestación que las discusiones entre las partes por el texto del artículo 1.10 de los Términos de Referencia mostraron que la CNEE en ningún momento pretendió con el artículo 1.10 ceder sus facultades, y así se lo hizo saber a EEGSA[596]. La redacción del artículo generó algunas diferencias entre EEGSA y la CNEE. Tal como explicó el Ing. Colom, mientras EEGSA pretendía que se le permitiera a la consultora decidir discrecionalmente si quería o no seguir los Términos de Referencia aprobados por la CNEE[597], la CNEE no estaba dispuesta ni habilitada jurídicamente para renunciar a sus potestades legales específicas[598]. El contraste entre la propuesta de EEGSA y el texto aprobado por la CNEE para este artículo es concluyente a la hora de interpretar su alcance:

Artículo 1.10 de los Términos de Referencia	
Propuesta de EEGSA[599]	Texto Aprobado[600]
Los presentes TdR muestran los lineamientos generales orientativos a seguir por la distribuidora y por el consultor en cada una de las Etapas y/o estudios descritos y definidos. En consecuencia, el consultor puede variar, de forma justificada, las metodologías presentadas en cada uno de los estudios a realizar, en base a su conocimiento y experiencia.	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.

595 *Ver* arriba en 236.

596 Memorial de Contestación, párrs. 314-315.

597 Colom **Apéndice RWS-1**, párrs. 69-71, 107-109 Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5.

598 Colom Dúplica **Apéndice RWS-4**, párrs. 6-8.

599 Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5.

600 Adendum a los Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, 11 de octubre de 2007, **Anexo R-44**, artículo 1.10.

300. De la comparación arriba surge claramente que la CNEE rechazó la posición propuesta por EEGSA, optando en cambio por un texto que resguardó la potestad exclusiva de la CNEE para determinar la metodología del estudio tarifario conforme lo prescribe la LGE. Tal como lo explicó el Ing. Colom, y confirma en su declaración de Dúplica, el texto final de este artículo reflejó lo siguiente:

(a) *Primero*, la CNEE eliminó la alusión a lineamientos "generales u orientativos". La clara intención del punto 1.10 en su redacción final es que los Términos de Referencia fueran lineamientos "a seguir" y obligatorios para la consultora (salvo que la CNEE autorizara a la consultora para que se apartara de ellos);

(b) *Segundo*, la CNEE eliminó la facultad que la versión de EEGSA daba a la consultora de variar la metodología por su propia cuenta y de manera inconsulta. Se modificó la referencia a "el Consultor puede variar", por la mucho más limitada "de existir variaciones", que claramente denota el carácter excepcional de dichas variaciones;

(c) *Tercero*, en caso de que el consultor propusiera una variación, la misma debía estar "plenamente justificada", estableciendo un requisito superior a que estuviera apenas "justificada"; y

(d) *Cuarto* – y sobre todo – la CNEE debía verificar a través de sus observaciones que las variaciones metodológicas fueran consistentes con los lineamientos del estudio contenidos en los Términos de Referencia[601].

301. A pesar de que la comparación referida arriba no admite dudas respecto de la intención y alcance que las partes dieron al artículo 1.10, los testigos, Sres. Calleja y Maté indican en sus declaraciones de Réplica que "disienten categóricamente" con este análisis, al que consideran "erróneo"[602]. Pero más allá de estos enunciados, tanto el Lic. Calleja como el Ing. Maté convenientemente eligen no discutir el proceso de negociación de esta cláusula (descrito arriba) en sus declaraciones (en particular, el Lic. Calleja, que fue quien propuso por parte de EEGSA el texto de la cláusula que fue luego rechazado por la CNEE)[603]. No puede sorprender entonces que TGH haya igualmente decidido ignorar por completo esta discusión en el Memorial de Réplica[604]. TGH, prefiere recurrir a su

601 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 71; Colom **Apéndice RWS-4**, párr. 33

602 Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 20; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 13.

603 Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 5.

604 Memorial de Réplica, párrs. 102 y ss.

experto legal, quien indica que la posibilidad de apartarse de los Términos de Referencia venía dada porque "ninguna disposición de la LGE ni del [Reglamento] exige que los estudios del VAD se adhieran al pie de la letra a los TdR"[605]. Tal como explica el Lic. Aguilar, ello es una caracterización equivocada del texto y el espíritu de la LGE[606]. La LGE establece que la CNEE es la encargada de "definir" la metodología de cálculo de las tarifas, cuyo cálculo en sí mismo es efectuado en primera instancia por el consultor del distribuidor en su estudio tarifario. Este es el principio legal de aplicación general que establece la LGE y el Reglamento[607], tal como fue explicado a los inversores en EEGSA[608], y tal como lo ha confirmado la Corte de Constitucionalidad[609].

302. En todo caso, debe destacarse que el estudio tarifario que presentó EEGSA estaba bien lejos de adherirse al "pie de la letra" (siguiendo las palabras del Lic. Alegría) de la metodología establecida en los Términos de Referencia. El consultor de EEGSA recurrió al artículo 1.10 de dichos Términos de Referencia para rechazar 85 de las 125 observaciones sobre apartamientos a la metodología que le efectuó la CNEE[610], otro punto convenientemente ignorado por TGH en su Memorial de Réplica. Es decir, en la práctica, el consultor de EEGSA actuó como si la facultad de fijar la metodología que la LGE asigna en exclusiva a la CNEE directamente no existiere.

303. Y por esa misma razón, resulta sorprendente el intento de defensa de TGH sosteniendo que "los propios consultores de la CNEE reconocieron expresamente que los [Términos de Referencia] de la CNEE están sujetos a lo dispuesto en la LGE y el [Reglamento] y que se los debe utilizar como lineamientos para que la consultora del distribuidor lleve adelante su estudio del VAD y pueden adaptarse en consecuencia"[611]. Ello es otra

---

605 Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 62.

606 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párrs. 26, 27.

607 LGE, **Anexo R-8**, arts. 4(c) y 61; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 97;

608 Salomon Smith Barney, "EEGSA: Memorándum de Venta", mayo de 1998, **Anexo R-16**, Apéndice A, arts. 4(c), 61 y 77 y Apéndice B, artículo 29.

609 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 23-24.

610 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 108.

611 Memorial de Réplica, párr. 111.

caracterización errónea que efectúa TGH. Tal como confirma el Ing. Colom en su segunda declaración de testigo, es claro que la metodología del estudio tarifario queda sujeta a lo dispuesto en la LGE y el Reglamento, y ese fue precisamente el motivo por el cual el artículo 1.10 fue acompañado de una declaración: (i) confirmando la facultad de la CNEE de verificar la consistencia de cualquier cambio con los Términos de Referencia; y (ii) el principio de prevalencia jerárquica de los términos de la ley ante cualquier posible contradicción[612]. El Ing. Colom confirma que ello en ningún momento pretendió dar al consultor del distribuidor la facultad de "adaptar en consecuencia" la metodología. Fue precisamente la necesidad de mantener inalterado el balance de facultades bajo la LGE la razón por la cual se estableció que cualquier modificación a los Términos de Referencia debía ser aprobada por la CNEE[613]. Tal como explica el Ing. Colom, es la CNEE la que debe decidir si los Términos de Referencia pueden ser cambiados y no el consultor (o la Comisión Pericial)[614].

304. En conclusión, el intento de TGH por justificar el irregular accionar de EEGSA y su consultor al ignorar la metodología de cálculo de las tarifas durante la revisión tarifaria debe ser descartado ya que se da de bruces con el claro texto del marco legal y los Términos de Referencia.

---

612 Colom **Apéndice RWS-1**, párr. 69; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 28. El punto 1.10 de los Términos de Referencia estableció:

> […] 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 [LGE] 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 [LGE] y el Reglamento en materia de tarifas se entenderá incorporada a los [términos de referencia]

Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**

613 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 28.

614 *Ibid*.

b. los Términos de Referencia Finales de la revisión tarifaria 2008-2013 aceptados por EEGSA establecían claramente que el retorno de EEGSA se calcularía sobre la base de capital neta de depreciaciones

305. En su Memorial de Réplica, TGH sostiene que la versión final de los Términos de Referencia de enero de 2008 violaban los principios básicos de la LGE al calcular el retorno de EEGSA sobre una base de capital neta de depreciaciones acumuladas, reduciendo así el retorno de EEGSA a la mitad[615].

306. Primeramente es necesario resaltar que TGH no observó ni presentó ninguna queja respecto de esta disposición de los Términos de Referencia cuando los mismos le fueron comunicados. Este sólo elemento es suficiente indicador de la falta de sustento de los argumentos de TGH. Si fuera cierto que los Términos de Referencia tal como fueron publicados reducían el retorno de EEGSA a la mitad y contravenían los términos de la LGE, es claro que EEGSA los hubiera objetado. Notamos que TGH no ha alegado ni presentado documentación alguna que indique que este tema fue al menos considerado dentro de la compañia. La razón es evidente. Los Términos de Referencia se ajustaban no sólo al marco regulatorio sino también a los principios básicos de economía regulatoria.

307. Como ya se explicó, el método VNR, como bien lo reconocen los expertos de TGH, "valora" la base de capital a su valor nuevo de reemplazo[616]. Este método de valoración de la base de capital se utiliza en reemplazo de otros métodos como por ejemplo el valor contable, que ajusta el valor de la base de capital por inflación[617]. TGH intenta confundir al Tribunal utilizando el concepto de VNR, y en particular la palabra "nuevo" de dicha sigla, para alegar que ha de reconocérsele a EEGSA una remuneración de capital basada

---

615 Memorial de Réplica, párr. 112.

616 Memorial de Réplica, párr. 112, Kaczmarek II, **Apéndice CER-5**, párr. 85 ("La LGE utiliza la terminología de "Valor Nuevo de Reemplazo." Como profesionales de valorización, la inclusión del adjetivo nuevo transmite el concepto que los activos se supone *deben ser valorados* como nuevos.") (Énfasis añadido). Ver también Barrera, **Apéndice CER-5**, párr. 28 ("el VNR corresponde a los costos totales en los que incurriría la empresa *si tuviera que reemplazar los activos de su red por nuevos activos*.") (Énfasis añadido). Ver también JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007), **Anexo R-34**, pág. 108. En esta sección de su libro, Giacchino correctamente define al VNR y a la empresa modelo como una forma de 'valorar' la base de capital.

617 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 87-92.

en el valor "nuevo" de todas las instalaciones[618]. Este argumento es incorrecto y basado en una interpretación incompleta del proceso de cálculo tarifario: como se acaba de explicar, la empresa modelo y el método de VNR que permiten calcular el valor actualizado de la base de capital bruta, es decir, antes de depreciar, es sólo el primer paso en el proceso de cálculo del costo de capital bajo el modelo de empresa eficiente[619].

308. Como se explicó en el Memorial de Contestación[620], una vez calculado el valor de la base de activos o de capital, se debe calcular el costo de capital. Éste representa la porción del VAD que remunera el capital invertido por el inversor, y está compuesto por dos elementos[621]:

- la depreciación, que le permite al inversor recuperar el capital invertido estableciendo un fondo de reserva que puede eventualmente ser utilizado para reponer el bien una vez que su vida útil haya expirado[622]; y
- el retorno, que compensa al inversor por el costo de oportunidad del capital propio, a través de utilidades[623].

309. A fin de calcular la remuneración del inversor por el capital invertido, es decir, el costo de capital, se utiliza: (i) la base de capital, que en el caso de la LGE, como ya se vio, está representada por el VNR; (ii) optimizada y depreciada (teniendo en cuenta las depreciaciones acumuladas durante la vida útil transcurrida de las instalaciones); y (iii) aplicando una tasa de actualización que es definida por el regulador. El artículo 73 de la LGE establece:

---

618 Memorial de Réplica, párrs. 112-116; Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 28; Kaczmarek II, **Apéndice CER-5**, párr. 85.

619 Ver JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007), **Anexo R-34**, pág. 108. En esta sección de su libro, Giacchino correctamente define al VNR y a la empresa modelo como una forma de 'valorar' la base de capital.

620 Memorial de Contestación, párrs. 181-182.

621 Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 64.

622 Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 64.

623 Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 64.

> El costo de capital […] se calculará como la anualidad constante de costo de capital correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo de una red dimensionada económicamente[624]. La anualidad se calculará con la vida útil típica de las instalaciones de distribución y la tasa de actualización […][625].

310. Contrariamente a lo que sostiene TGH[626], la LGE sí establece que, a los fines de remunerar el capital del inversor, el costo de capital es calculado sobre el VNR depreciado. La LGE establece que el costo de capital es calculado como la "anualidad" del costo de capital teniendo en cuenta la "vida útil de los bienes" (dicha frase no tendría ninguna función si se asumiera un reemplazo de todos los activos cada cinco años sin importar su vida útil, que podría ser de hasta 30 años). Así, la anualidad a la que se refiere la LGE es la cuota que recibe el inversor año a año con fines remunerativos y que está compuesta por: (i) la depreciación (devolución de cuotas de capital); y (ii) el retorno (pago de renta), teniendo en cuenta la vida útil del bien, es decir, teniendo en cuenta su estado de uso.

311. Los Términos de Referencia, aceptados por TGH, reflejaron este cálculo a través de la siguiente fórmula FRC:

---

624 Es decir, óptima.

625 LGE, **Anexo R-8**, art. 73 (Énfasis añadido). En el mismo sentido, el artículo 67 establece:

> La anualidad de la inversión será calculada sobre la base del Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones óptimamente dimensionadas, considerando la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas y una vida útil de treinta (30) años.

626 Memorial de Réplica, párr. 112.

$$FRC = (1/To) + \underbrace{\frac{r*(Ta/To)}{2*(1-g)}}_{\text{retorno}}$$

depreciación

T_o = Vida útil ponderada de los activos
T_a = Periodo de amortización
r = Tasa de actualización definida por la CNEE
g = Impuesto sobre la renta[1]
2 = depreciación de la base de capital (determinada en 2008 por la CNEE en un 50 por ciento)

312. El concepto establecido en la LGE y reflejado en los Términos de Referencia no hace más que reflejar conceptos básicos de la teoría económica. Como lo explica Kahn, en su clásico libro de economía regulatoria, el retorno se calcula siempre sobre la porción de la inversión neta de depreciaciones:

> The return to capital, in other words, has two parts: the return of the money capital invested over the estimated economic life of the investment and the return (interest and net profit) on the portion of the investment that remains outstanding. The two are arithmetically linked, since according to the usual (but not universal) regulatory practice the size of the net investment, on which a return is permitted, depends at any given time on the aggregate amount of depreciation expense allowed in the previous years- that is, the amount of investment that remains depends on how much of it has been recouped by annual depreciation charges previously[627].

313. En las palabras de otro eminente economista, David Johnstone:

> [O]nce a depreciation expense is recognized, the owner is 'paid out' that amount and hence does not earn a regulated WACC return on it anymore[628].

627 AE Kahn, The Economics of Regulation, Principles and Institutions (1996) Vol. 1, **Anexo R-7**, pág. 32 (Énfasis añadido).

628 D Johnstone, "Replacement Cost Asset Valuation and the Regulation of Energy Infrastructure Tariffs: Theory and Practice in Australia", University of Bath, Enero de 2003, **Anexo R-168**, pág. 9 (Énfasis añadido).

314. El mismo Ing. Giacchino, consultor de EEGSA en la revisión tarifaria y testigo de TGH en el presente arbitraje, explica en su libro *Fundamentals of Energy Regulation* en forma clara y concluyente (y en abierta contradicción con lo sostenido durante la revisión tarifaria y en sus declaraciones testimoniales[629]), que el retorno del inversor se calcula sobre una base de activos depreciados, es decir, neta de depreciaciones acumuladas.

315. Así, al definir en su libro el retorno sobre el capital, Giacchino explica que el mismo se calcula sobre la base de capital depreciada:

> Return on Capital Assets
>
> When an investor makes his funds available to a firm, he is forgoing the option of using those funds for some other purpose (either current consumption or another investment). He is also putting his funds at some risk. Together, these considerations define the investor's *opportunity cost* […] The regulated firm's overall return on its capital asset is typically calculated by multiplying its allowed rate of return (i.e., its WACC) by the rate base (i.e., net asset base plus working capital)
>
> Net Asset Base
>
> The *net asset base* is the non-depreciated value of the assets that are used in providing utility services to ratepayers. It equals the value of the assets minus accumulated depreciation
>
> […]
>
> [R]evenue requirements are based on a regulated firm's operating expenses, including depreciation expenses associated with its capital investments and a return on the undepreciated remainder, which forms the rate base[630].

---

629 Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D: Anualidad de la Inversión, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, **Anexo R-61**, pág. 7; Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa C: Optimización de la Red, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, corregido el 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, pág. 7; Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 17 ("el concepto de VNR no incluye depreciación de la base de activos de la sociedad.").

630 JA Lesser y LR Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation* (1ª ed. 2007), **Anexo R-34**, págs. 56-57 y 99 (Énfasis añadido). Asimismo, al describir los costos a ser recuperados por el inversor, Giacchino explica:

316. Al describir el tipo de valoración que debe hacerse de la base de capital (costo original o de reemplazo), Giacchino ilustra el concepto con el siguiente ejemplo:

> For example, suppose a natural gas pipeline company invested $100 million 20 years ago to build a new pipeline for its system. That $100 million represents the *original cost* of the pipeline investment. Under the regulatory compact, the pipeline company is allowed to earn a fair rate of return on that $100 million invested. Suppose that the pipeline has an expected life of 40 years and half of the original investment, $50 million, has been depreciated. If the appropriate rate of return was 10% the pipeline should earn $5million (10% x $50 million) on the undepreciated portion of the investment[631].

317. Al referirse a las depreciaciones, el Ing. Giacchino explica en el mismo sentido lo siguiente:

> The accountant's perspective is the most relevant for establishing a regulated firm's overall revenue requirement. Under the accountant's perspective, depreciation implies a systematic allocation of plant and equipment costs […] that are expensed at a rate consistent with that utility plant's useful life. This allows the regulated firm to fully recover the cost of its capital investment and earn a return on the net, undepreciated portion of the utility plant, *called net asset base*
>
> […]
>
> [A] regulated firm's *rate base* (RB) equals the depreciated value of utility plant and equipment. This is just the *original cost* (i.e., what the firm paid at the time it was purchased) less the aggregate (called *accrued)* depreciation. Thus, we can write RB = OC – BR, where OC is original cost and BR equals total accrued depreciation (called *book reserve*). For example, if an asset's original cost was $100 and the firm has depreciated $20 of the asset, then the book reserve is $20 and the rate

---

> The cost of doing business will also include a fair return on the firm's undepreciated capital investment, which is called the *rate base*, including interest payments on short- and long-term debt and a return on equity capital.

631 *Ibid*, pág. 48.

> base is $80. Over time, the firm's existing plant and equipment age, the depreciated value of that equipment decreases, just like the depreciated value of a car decreases over time. As the firm's asset base decreases, it earns fewer total dollars in return on its capital investment[632].

318. En su libro, Giacchino provee también la fórmula matemática que representa los "componentes de requerimientos de ingresos" (*revenue requirement components*) de una firma regulada. Dicha fórmula es expresada como sigue:

> The revenue requirement can be expressed in mathematical form as:
>
> RR = O&M + A&G + T + D + (WACCxRB)
>
> where:
>
> **RR** is the revenue requirement;
> **O&M** is operation and maintenance expenses;
> **A&G** is administration and general expenses;
> **T** is taxes;
> **D** is depreciation;
> **WACC** is the weighted average cost of capital; and
>
> **RB** is the rate base that is equal to the gross value of assets minus accumulated depreciation plus working capital[633]

319. Por último, y para despejar cualquier duda sobre la aplicación de estos principios a Guatemala, cabe mencionar que Giacchino expresamente aclara que los principios regulatorios mencionados anteriormente son compartidos por todos los marcos regulatorios para determinar las tarifas reguladas [634]:

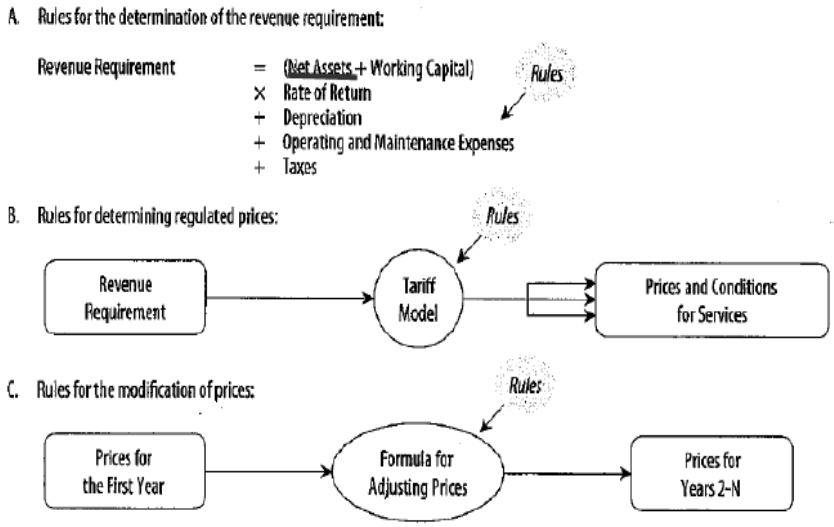
---

632 *Ibid*, págs. 55 y 92.

633 *Ibid*, pág. 51.

634 *Ibid* pág. 64. El experto Kaczmarek en su primer reporte explica que la definición del VNR y la aplicación del FRC es similar a varios otros países de Latinoamérica, por ejemplo, Chile (Kaczmarek **Apéndice CER-5, párr. 59**). Como lo explica el Ing. Damonte, la definición del costo de capital establecido en la LGE de Guatemala es idéntica a la que se aplica en Chile, Perú y El Salvador, para citar los casos más importantes y claros. En todos estos países, la renta se calcula sobre la base de capital neta de depreciaciones (Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, Sección 3.2.1.1.). Como también lo explica el Ing. Damonte, contrariamente a lo alegado por el Ing. Giacchino, en la revisión tarifaria de 2003, el retorno de

> All regulatory frameworks share the same structure to determine regulated prices. In general, a simple set of rules determines regulated prices, as shown in Figure 4-1:



320. En consecuencia, es claro que el propio Giacchino brinda concluyente apoyo a los argumentos de Guatemala explicados precedentemente.

321. Ahora bien, consciente de la debilidad de su argumento, el experto de TGH, Sr. Kaczmarek sostiene que la razón por la cual bajo el sistema regulatorio guatemalteco se debe remunerar al inversor sobre el valor bruto de sus activos, es que la regulación no le reconocería al inversor ingresos para reemplazar los bienes existentes. Según TGH, el inversor debe, por lo tanto, ser remunerado sobre el valor bruto de la base de capital y "éste reemplazará los bienes de acuerdo como sea necesario"[635]. El experto Barrera lo explica de la siguiente forma:

EEGSA fue también calculado sobre la base de capital depreciada (Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, Sección 3.2.2.2.).

635 Memorial de Réplica, párr. 113, Kaczmarek, **Apéndice CER-5**, párr. 71-86, Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 28-29.

> The VNR method assumes that as the assets comprising the regulatory asset base **depreciate** they are simultaneously replaced[636].

322. Es decir, la posición de TGH no es que la base de capital no se deprecia. TGH acepta que los bienes se deprecian pero asume ficticiamente que el inversor "repone automáticamente" todos esos bienes depreciados y, por lo tanto, debe obtener una remuneración sobre esas supuestas nuevas inversiones[637]. Ahora bien, en un sistema regulatorio que no impone metas de inversiones mínimas obligatorias, la propuesta de TGH significaría otorgarle al inversor un retorno sobre inversiones aún no realizadas y confiar en que el inversor las realice y reemplace los bienes obsoletos cuando lo crea necesario. Claramente este enfoque regulatorio poco tiene que ver con un sistema de incentivos previsto por la regulación de empresa modelo.

323. Como bien lo explica el Ing. Damonte[638], bajo el sistema regulatorio guatemalteco, el inversor recibe el pago de la amortización de su inversión y puede decidir mantenerlo para sí o reinvertirlo en el servicio para reemplazar los bienes que se hayan tornando obsoletos. Una vez que reemplaza dichos bienes, ese capital reinvertido pasa a incrementar la base "neta" de capital y a generar tanto retorno como amortización. Sin embargo, si el inversor decide no hacer las inversiones en reposición, lógicamente no se le abona retorno ni depreciación sobre esas inversiones no realizadas. De esta manera, el inversor tiene un real incentivo en reinvertir en el servicio y así (i) incrementar la base de capital sobre la cual se calculará su retorno; y (ii) mejorar sus activos de tal modo que se acerquen a aquellos de la empresa modelo.

324. El experto Kaczmarek argumenta que bajo el sistema establecido en los Términos de Referencia, no se le permitiría nunca al inversor recuperar el valor de su inversión. El experto sostiene, en particular, que invertir bajo estos términos sería como invertir en un bono que solo da intereses y no permite recuperar el capital[639]. Ello no es correcto, en la

---

636 Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 29.

637 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 132-135.

638 *Ibid*, párr. 406.

639 Memorial de Réplica, párr. 114, Kaczmarek, **Apéndice CER-5**, párr. 39.

medida que no haga falta reponer los bienes, el inversor puede conservar la amortización recibida para sí. Si, en cambio, fuera necesario reinvertir parte o la totalidad de la amortización para renovar los bienes y al término de la concesión lo reinvertido no ha podido ser amortizado, el inversor lo puede aún recuperar a través del pago del valor terminal establecido en el artículo 57 de la LGE:

> Una vez terminada la autorización, los derechos y los bienes de las autorizaciones serán subastados públicamente como una unidad económica, en un plazo de ciento ochenta (180) días. Del valor obtenido en la subasta, el Ministerio deducirá los gastos incurridos y las deudas que tuviere el ex-titular y **el saldo le será entregado a éste**[640].

325. Es claro que, si como TGH sugiere, EEGSA debiera ser remunerada sobre (i) el valor bruto de los bienes[641], (ii) además percibir el pago por amortización de los mismos y, (iii) al final de la concesión, recibir el valor residual de dichos bienes, EEGSA sería altamente sobre-remunerada[642].

326. Reconociendo la debilidad de su argumento, TGH trata de poner en dudas la seriedad de la CNEE al aceptar incluir la fórmula de recupero de capital propuesta por su consultor Ing. Riubrigent en los Términos de Referencia finales. Basándose en un correo electrónico de Ribrugent a la CNEE, TGH argumenta que el motivo por el que Riubrugent recomendó el modelo de "estado estacionario" para el cálculo del FRC—el cual asume una amortización de la base de capital del 50 por ciento—es porque es aquel con el que se obtiene una menor tarifa[643]. TGH hace además referencia a una pregunta de la Sra. Peláez de la CNEE el 8 de enero de 2008, pidiendo al Sr. Riubrugent que le

640 LGE, **Anexo R-8**, art. 57 (Énfasis añadido).

641 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 33. Dicha sobre-remunaración queda claramente evidenciada en el reporte del Ing. Damonte donde él demuestra con un ejemplo que el calcular el retorno sobre el VNR bruto tal como lo propone Iberdrola resulta en una sobre-estimación del flujo de fondos para los 30 añios de la vida útil de los bienes de un 23,36 por ciento. Esto sin considerar el pago residual bajo el art. 55 de la LGE.

642 *Ibid*, párr. 178.

643 Memorial de Réplica, párr. 116.

explica que el concepto del "2" en la fórmula[644]. Basándose en este intercambio, y en el hecho de que la CNEE publicara los Términos de Referencia dos semanas más tarde, TGH sostiene que "está claro que la propia CNEE no entendía la base teórica del calculo del FRC que pretendió imponerle a EEGSA"[645].

327. En primer lugar, cabe señalar que lo que verdaderamente demuestra este intercambio es el compromiso de la CNEE con un proceso técnico sólido. La CNEE no sólo contrató a un consultor para que analice el tema y lo asesore sino que además, en lugar de limitarse a aceptar la fórmula propuesta por su consultor sin más, la CNEE se aseguró de entender los fundamentos técnicos de su enfoque propuesto. Para ello, no sólo el Sr. Riubrugent explicó el uso de la "2" en su respuesta a este correo electrónico citada por TGH en su Memorial de Réplica[646], sino que también proporcionó un extenso informe para explicar las cuestiones involucradas[647]. Asimismo, el hecho que haya sido el consultor Riubrigent quien haya propuesto esta fórmula y que haya tenido que explicar su fundamento a la CNEE, desacredita los argumentos de TGH de que la CNEE diseñó esta FRC con el objetivo de reducir la tarifa de EEGSA.

328. Segundo, como se desprende de los intercambios de correo electrónico entre la CNEE y el Ing. Riubrigent[648], el verdadero motivo por el que éste sugirió el modelo de "estado estacionario" para el cálculo del FRC fue su simplicidad para computar las depreciaciones acumuladas de distintos bienes que tienen distinto estado de uso, vidas útiles y, por lo tanto, deben ser repuestos en distintos momentos. Tal como explica el Ing. Riubrugent, el modelo "estado estacionario" era más sencillo que la alternativa, el modelo de "perpetuidad de servicio," dado que considera un servicio estable, con requerimientos de renovación siempre iguales:

---

644 Cadena de correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, M. Quijivix, M. Pérez Yat y A.García, 13 de diciembre de 2007, **Anexo C-490**.

645 Memorial de Réplica, párr. 116.

646 Cadena de correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, 9 de enero de 2008, **Anexo C-567**.

647 Cálculo de la Anualidad sobre el VNR Considerando el Efecto del Escudo Fiscal impuesto a las Ganancias por la Amortización Contable Autorizada, diciembre de 2007, **Anexo R-175**.

648 Cadena de correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, M. Quijivix, M. Pérez Yat y A.García, 13 de diciembre de 2007, **Anexo C-490**.

> Un abordaje más simple para computar el efecto del impuesto a las ganancias en la renta neta, es considerar que la empresa se encuentra en "estado estacionario". Esto quiere decir que ofrece un servicio permanente estable, con activos de servicio de antigüedades distribuidas uniformemente y por lo tanto con requerimientos de renovación (inversiones anuales) siempre iguales. [...] Con este modelo [estado estacionario], con la WACC después de impuestos igual a 7%, el FRC que corresponde a la anualidad de costo de capital (ACC) es 8,53%[649].

329. Asimismo, como surge claramente de esta explicación, el método propuesto por el consultor proveía un retorno sobre la base de capital del 7 por ciento (el mínimo requerido por el RLGE, que exige un retorno entre el 7 y el 13 ciento sobre la base de capital). Además, cómo el Ing. Riubrigent claramente explicó a la CNEE, "[d]ebe observarse que adoptando Ta=To se reconoce el mayor costo de capital posible para este modelo de empresa"[650]. Fue sobre estas bases, y no para reducir las tarifas discrecionalmente como alega TGH, que la CNEE aceptó esta metodología[651].

330. Por último, cabe mencionar que el nivel de depreciaciones de la base de capital de un 50 por ciento establecido en la fórmula de recupero de capital recomendada por Riubrigent e incorporada por la CNEE en los Términos de Referencia finales, era aplicable a todos los distribuidores y no sólo a EEGSA. Otros distribuidores, como Deorsa y Deocsa, que no estuvieron de acuerdo con el nivel de depreciación fijado en los Términos de Referencia, simplemente se acercaron a la CNEE y aportaron la información contable que justificaba que a fin de reflejar la depreciaron real de su bienes, el "2" debía ser reemplazado por un 1,73[652]. Tal petición fue concedida sin mayor resistencia por la CNEE[653]. Sin embargo, Bates White insistió en que el retorno fuera calculado sobre la

649 Cálculo de la Anualidad sobre el VNR Considerando el efecto del Escudo Fiscal impuesto a las Ganancias por la Amortización Contable Autorizada, diciembre de 2007, **Anexo R-175**, pág. 2.

650 Cadena de correo electrónico de J. Riubrugent a M. Peláez, 9 de enero de 2008, **Anexo C-567**.

651 GTTE-Dictamen 25, 31 de marzo de 2008, **Anexo R-179**, pág. 5.

652 Declaración de Testigo Ing. Enrique Moller, Director de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala, 24 de enero de 2012 (en adelante ***Moller Dúplica***), **Apéndice RER-5**, párr. 389.

653 Quantum y Union Fenosa, DEOCSA: Informe de Etapa G: Componentes de Costos del VAD y Cargo de Consumidor, Noviembre de 2008, **Anexo R-98**, Sección 4.1; Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 389.

base de capital no depreciada, que como ya se explicó, es contrario a principios básicos de economía[654]. Bates White simplemente eligió entender el "2" como un ¡"error de tipeo" en los Términos de Referencia! y se negó a ofrecer alternativa alguna al nivel de depreciación propuesto en los Términos de Referencia[655]. Como se explica en detalle más abajo[656], incluso la Comisión Pericial entendió que el retorno debía calcularse sobre la base de capital neta de depreciaciones.

331. Por todo lo expuesto, es claro que los Términos de Referencia finales que establecieron un sistema de remuneración sobre el valor depreciado de la base de capital reflejaban los principios básicos de economía regulatoria y de la LGE. No es más que por ello que EEGSA no los impugnó en su momento.

3. Fueron EEGSA y su consultora quienes se negaron a trabajar en forma constructiva con EEGSA durante la revisión tarifaria

332. En la Contestación, Guatemala destacó que la entrega temprana de información relacionada con la revisión tarifaria por parte de EEGSA (es decir, con anterioridad a la entrega de los informes de etapa por parte del distribuidor) era fundamental no sólo para que la CNEE analizara el estudio del distribuidor, sino también para que la consultora Sigla pudiera preparar el estudio tarifario paralelo de la CNEE[657]. Explicó además Guatemala en su Contestación cómo EEGSA se negó desde el inicio de la revisión tarifaria a presentar la información requerida a pesar de que ello era un requisito específico de los Términos de Referencia[658]. En su Memorial de Réplica, TGH intenta defenderse de esta acusación atacando a la CNEE por su supuesta falta de

654 Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para EEGSA: Informe Etapa D: Anualidad de la Inversión, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, corregido el 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, pág. 9.

655 *Ibid*, pág. 11.

656 Ver Sección V.E.9.c abajo.

657 Memorial de Contestación, párr. 327.

658 La CNEE solicitó a EEGSA el envío de información que constituiría el *input* para la realización del Estudio Tarifario, EEGSA haciendo caso omiso a las mencionadas solicitudes no entregó, entregó parcialmente o fuera de plazo la información. *Ver, e.g.*, cartas de la CNEE a EEGSA, **Anexos R-41, R-43, R-47, R-48, R-49**; para más ejemplos y detalles, *ver* **Apéndice R-III**.

colaboración[659]. Ante la falta de evidencia para sostener este argumento, TGH vuelve a referir en su Memorial de Réplica las cuestiones formales que demoraron la recepción oficial por la CNEE de los Informes de Etapa A y B por parte de la CNEE, una cuestión totalmente menor en el contexto de la revisión tarifaria y que no tuvo ninguna consecuencia[660]. TGH reitera además su queja en razón de que la CNEE mantuvo solamente una reunión con EEGSA y su consultora (en noviembre de 2007) para tratar el estudio tarifario en preparación. Como se explica a continuación, TGH está equivocada y sus quejas carecen de sustento. Por el contrario, los hechos y la documentación del caso demuestran que fue EEGSA quien sistemáticamente se negó a colaborar con la CNEE en el proceso de revisión tarifaria.

a. Los argumentos de TGH respecto a la supuesta falta de colaboración de la CNEE son inverosímiles

333. Primeramente, se queja TGH del hecho de que la CNEE se negó a tener por recibidos los Informes de Etapa A y B debido a que, tal como surge de la carta de la CNEE a EEGSA de 17 de diciembre de 2007, los mismos no cumplían con los formalismos requeridos para su presentación – o como TGH lo describe "dado que el representante autorizado de EEGSA no había presentado el informe [de etapa] mediante su 'envío formal' con un poder notarial, una copia del contrato de EEGSA con Bates White, y toda la información que EEGSA le hubiera suministrado a Bates White para realizar el estudio"[661]. Tal como confirma el Ing. Colom en su declaración de Dúplica, tal solicitud simplemente reflejaba los requisitos previstos en la normativa aplicable, que en 2007 EEGSA conocía perfectamente por haber operado la compañía y tratado con el ente regulador durante la última década[662]. Tales requisitos, como TGH lo acepta, incluían (i) la acreditación de personería (el "poder notarial"), previsto en el artículo 142 del Reglamento[663], (ii) la copia del contrato EEGSA-Bates White y (iii) la información de

659 Memorial de Réplica, párr. 117-122

660 *Ibid*, párr. 117-118.

661 *Ibid*; Nota No. CNEE-15225-2007 de la CNEE a EEGSA, 17 de diciembre de 2007, páginas 1-2, **Anexo C-134**.

662 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 62.

663 El artículo 142 del Reglamento establece:

soporte, ambos previstos en los Términos de Referencia[664]. TGH se queja de que la CNEE insistió a EEGSA con estos requerimientos en su nota de 31 de enero de 2008[665]. Sin embargo, tal como explica el Ing. Colom en su declaración de Dúplica, TGH omite mencionar que la razón para ello fue que EEGSA seguía sin cumplir con estos requisitos legales! La nota en cuestión, de 30 de enero de 2008 específicamente indica a

---

> **Art. 142: Forma de realizar las gestiones ante la Comisión**: Las gestiones ante la Comisión podrán hacerse en forma personal o mediante mandatario. Los representantes legales podrán acreditar su personería mediante fotocopias legalizadas de los documentos justificativos de las misma…"

Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 142 (Énfasis añadido).

664 Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, **Anexo R-53**. Los artículos 1.5 y 1.6.5.1 establecen, en sus partes relevantes:

> […] [S]e deberá establecer el compromiso del Distrbuidor y de la Consultora a:
>
> 1) Aceptar, cumplir y desarrollar los TdR.
>
> 2) Remitir a la CNEE copia de toda la documentación e información que se utilice para la realización del Estudio en cada una de las fases o etapas. Adicional a la informacion que la CNEE requiera de manera directa, la Distribuidora deberá remitir a la CNEE copia de toda la información que envíe o traslade a la Consultora.
>
> 3) Proporcionar libre acceso en todo momento a la CNEE a todos los aspectos relacionados con el Estudio de la forma en que aquélla lo requiera. Deberán incluirse los informes, memorias de cálculo, documentacion relacionada con el Estudio, actividades, criterios de optimización, modelos matemáticos, etc. con el fin de que la CNEE pueda realizar las actividades de supervisión, fiscalización y análisis durante su ejecución y con posteroridad a ella. Deberá entregarse copia a la CNEE de toda la información utilizada en los formatos requeridos, tanto en forma impresa como en archivos digitales modificables que permitan a la CNEE replicar los cálculos.
>
> El Distribuidor deberá entregar a la CNEE una copia del Contrato suscrito con la Consultora, dentro de los cinco (5) días de firmado, incluyendo los reconocimientos económicos que se acuerden, y del acta mencionada en el segundo párrafo de este numeral.
>
> […]
>
> Art. 1.6.5.1:
>
> La Distribuidora deberá entregar el informe de etapa correspondiente de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.4 de los presentes Términos de Referencia.

Ver también párrafos 336-339 debajo.

665 Memorial de Réplica, párr. 117-122

EEGSA que "se le reitera lo requerido en [los Términos de Referencia] y en [la nota de 17 de diciembre de 2007]" para luego volver a detallar la solicitud de cumplimiento de los requisitos arriba indicados[666].

334. En consecuencia, y si bien TGH no explica las razones por las cuales EEGSA decidió cumplir con los requisitos formales que pedía la ley recién a finales de enero de 2008, era lógico entonces que la CNEE insistiera con su petición de que se cumpliera la ley, por más formalística que a EEGSA le pareciera. Es evidente que como órgano público, la CNEE está obligada a acatar y exigir el cumplimiento de las regulaciones administrativas en relación con las presentaciones que ante ella se efectúan. Sus funcionarios hubieren corrido el riesgo de incurrir en responsabilidades personales si las hubiesen omitido. En cualquier caso, tal como explica el Ing. Colom, dos cosas surgen claras de la demora en tener por recibidos los informes de etapa A y B: (i) fue solo atribuible a la negligencia de EEGSA en cumplir con sus obligaciones bajo la ley y los Términos de Referencia; y (ii) no generó ningún perjuicio material a EEGSA en el proceso de revisión tarifaria en curso[667]. Así, el reclamo de TGH en tal sentido está vacío de cualquier relevancia.

335. En segundo lugar, la alegada falta de reuniones entre EEGSA y la CNEE que acusa TGH es simplemente falsa. El Directorio de la CNEE o su Gerencia de Tarifas se reunieron numerosas veces con EEGSA durante el proceso de revisión tarifaria -tal como lo reconoce TGH– por ejemplo, para discutir posibles modificaciones al Reglamento[668], para discutir modificaciones a los Términos de Referencia[669] o para constituir la Comisión Pericial y discutir la posibilidad de acordar sus reglas de funcionamiento[670]. En lo que hace al proceso técnico de revisión de tarifas en particular, la División de Tarifas de la CNEE sostuvo el 21 de noviembre de 2007, una reunión con

666 Nota No. CNEE-15504-2008 de la CNEE a EEGSA, 30 de enero de 2008, **Anexo C-158**.

667 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 35.

668 Memorial de Réplica, párr. 99.

669 Memorial de Demanda, párrafo 106.

670 Memorial de Demanda, párrs. 128-130, 132, 137; Memorial de Réplica, párr. 147; Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 33; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 24.

EEGSA y su consultor, Sigla, a fin de discutir cuestiones relativas al estudio tarifario[671]. A partir de allí, de conformidad a los Términos de Referencia, Bates White debía presentar nueve informes de etapas preliminares antes de presentar su estudio tarifario completo[672]. Los Términos de Referencia no preveían reuniones adicionales, sino que la CNEE emitiría comentarios escritos a cada uno de los informes de etapa, de modo de que la consultora del distribuidor pudiere corregir lo más temprano posible cualquier apartamiento de los Términos de Referencia que el estudio evidenciare[673]. EEGSA no solo emitió puntualmente estos comentarios, sino que además, atendiendo a la complejidad del proceso, la CNEE acordó a EEGSA todas las prórrogas requeridas para la entrega de seis de los nueve informes de etapa[674].

b. Fue EEGSA quien rechazó colaborar con la CNEE durante la revisión tarifaria

336. En realidad, los argumentos de TGH en relación a la supuesta falta de colaboración de la CNEE no son otra cosa que una "cortina de humo" para tapar la conducta de EEGSA durante la revisión tarifaria, que se había iniciado con su ilegítima queja contra los Términos de Referencia y continuó con la negativa sistemática del distribuidor a entregar información a la CNEE. La necesidad de la CNEE de contar con esta información en debido tiempo no era una cuestión menor. Tal como se explicó en la Contestación[675], a fin de contar con una referencia (*benchmark*) adecuada para controlar

---

671 En especial: (i) la caracterización de la demanda dentro del área de concesión; (ii) la identificación de las áreas geográficas dentro de las cuales los usuarios tienen similares hábitos de consumo y perspectivas de crecimiento de su demanda; (iii) la definición de Centros Urbanos; y (iv) establecer la forma de identificar los usuarios de la base comercial o los postes de la base Red que se encuentran dentro de cada Centro; Memorial de Contestación, párr. 326; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 85.

672 Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, artículo 1.4.

673 Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 41, 84. Este mecanismo, si bien imponía una importante carga de trabajo para la División de Tarifas de la CNEE, estaba diseñado para introducir predictibilidad y celeridad a la revisión tarifaria, y es prueba concluyente de la dedicación y seriedad con que la CNEE revisó el estudio tarifario de EEGSA. Asimismo, cabe señalar que EEGSA se opuso a la entrega de informes de etapa e insistió para que solo tuviera que entregarse un estudio final (*Ver* Carta de Miguel Francisco Calleja a José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108**, pág. 3) Sin embargo, dado que para la CNEE era primordial ir analizándolos para poder hacer una revisión más eficiente, los informes de etapa fueron mantenidos en los Términos de Referencia.

674 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 86 (*ver* tabla).

675 Memorial de Contestación, párrs 260, 280.

los informes de etapa y el estudio tarifario que Bates White prepararía para EEGSA, la CNEE (tal como lo ordenaba el Reglamento) tenía que contar con sus propios informes de etapa y su estudio tarifario que en paralelo preparaba su consultora precalificada Sigla. Para preparar estos informes, Sigla necesitaba contar con la información del distribuidor. Es decir, Sigla debía contar con la misma información que Bates White tuvo a disposición. A tal fin, los Términos de Referencia recogieron la obligación específica de entregar información de manera previa a la recepción de los informes de etapa en el artículo 1.6.5:

> **1.6.5.** […] La Distribuidora deberá entregar **a la CNEE** previo a cada informe de etapa, la información base que traslade al consultor para elaborar cada fase del estudio, en la fecha en que la misma sea trasladada al consultor[676].

337. Tal como explicó el Ing. Colom[677], esta obligación fue luego reiterada en la correspondencia de la CNEE a EEGSA donde se dejó en claro que la CNEE debía verificar la exactitud de la información base suministrada en forma previa a la realización de los informes de etapa[678]. El Ing. Colom explicó que la manera en que EEGSA entregaría la información base fue acordada por la CNEE y EEGSA en agosto

---

676 Adendum a los Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE-124-2007, 11 de octubre de 2007, **Anexo R-53** (Énfasis añadido).

Una disposición de tenor similar se había incluido en los Términos de Referencia originales de abril de 2007. *Ver* Términos de Referencia para la realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 13680-2007, abril de 2007, **Anexo R-38**, Sección 2: Etapa 0 - Presentación de Información, pág. 10/79:

> Antes de la iniciación del Estudio, el Distribuidor deberá recopilar un conjunto de información sobre su red y sus usuarios a fin de permitir que la CNEE realice un estudio simultáneo con la información presentada asi lo considere conveniente.

677 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párrs. 35-36 .

678 Carta del Ing. Carlos Colom Bickford al Ing. Luis Maté (CNEE-14676-2007 / DMT-NotaS-457), 3 de octubre de 2007, **Anexo R-174**, pág. 2:

> Dada que esta información [del Bloque 1] es vital para la adecuada supervisión de los estudios tarifarios, por este medio, se informe a [EEGSA] que debe presentar toda la información pendiente Bloque 1 (anteriormente mencionada), a más tardar el día viernes 05 de Octubre del presente año.

de 2007[679]. Allí se previó que esta última entregaría la información en dos Bloques: 1) la información del "Bloque 1[680]" debía ser entregada por EEGSA a más tardar el 4 de septiembre de 2007[681]; y 2) la información del "Bloque 2[682]" debía suministrarse a más tardar el 25 de septiembre de 2007[683].

338. A pesar de que desde el comienzo mismo del proceso de revisión había quedado claro para ambas partes que la información debía ser entregada por EEGSA a la CNEE de manera previa al inicio del estudio tarifario, EEGSA sistemáticamente incumplió esta obligación, entregando información de forma incompleta y fuera del término. En su Contestación, Guatemala citó como ejemplo ilustrativo la carta de EEGSA de 17 de septiembre de 2007 en respuesta a una solicitud de información georeferencial y de la red de distribución que efectuara la CNEE, donde queda clara la actitud de EEGSA de no querer entregar información[684]. TGH intenta relativizar estos incumplimientos en el

---

679 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 35; Carta de Ing. C Colom a Ing. L Mate, CNEE-14425-2007, 17 de agosto de 2007, **Anexo R-172**, págs. 1 y 9:

> […] se acordó [entre la La CNEE y EEGSA] realizar el requerimiento a [EEGSA], de la Información Base para la realización del Estudio Tarifario por este medio, misma que será fiscalizada por CNEE de conformidad con las Facultades que la Ley le Otorga […] La información deberá ser presentada a la CNEE en las fechas que se indican a continuación: 1. Entrega Bloque 1, Información Base 04/09/07; 2. Entrega Bloque 2, Información Base 25/09/07.

680 El Bloque 1 (Información de Mercado, Información de Redes de Distribución - Información Física) incluía las bases de datos comerciales, la vinculación cliente-red, las compras de energía y las pérdidas de energía.

681 Carta de Ing. C Colom a Ing. L Mate, CNEE-14425-2007, 17 de agosto de 2007, **Anexo R-172**, pág. 9. La CNEE concedió a EEGSA una ampliación en el plazo de entrega de información del Bloque 1 al 14 de septiembre de 2007. Carta del Ing. Carlos Colom Bickford al Ing. Luis Maté (CNEE-14602-2007 / DMT Notas 446), 6 de septiembre de 2007, **Anexo R-173** (concediendo la extensión).

682 El Bloque 2 (Información de Costos) incluía la solicitud de información de costos de unidades constructivas y de explotación, operación y mantenimiento, entre otros datos.

683 Carta de Ing. C Colom a Ing. L Mate, CNEE-14425-2007, 17 de agosto de 2007, **Anexo R-172**. La CNEE concedió a EEGSA una ampliación en el plazo de entrega de información del Bloque 2 al 22 de octubre de 2007, Carta de Carlos Colom Bickford a Luis Maté (CNEE-1476-2007 / DMT Notas-457), 3 de octubre de 2007, **Anexo R-174**.

684 La carta de EEGSA de septiembre de 2007 en respuesta a una solicitud de información de la CNEE dice en su parte relevante:

> En respuesta a su oficio CNEE-14425-2007, DMT-Notas-424, adjunto le remito la Información Georeferencial y de Red de Distribución de EEGSA […]

Memorial de Réplica, a través del testigo Ing. Maté, quien sostiene que "dicha carta no refleja la actitud poco cooperativa de EEGSA sino que demuestra que EEGSA presentó a la CNEE toda la información disponible"[685]. Ello es falso. Nótese por ejemplo, que en relación con la carta en cuestión, en la Réplica el Ing. Maté observa que "tampoco se disponía de la información requerida con respecto a la clasificación entre 'urbano' y 'rural' puesto que ni la legislación guatemalteca ni EEGSA trazaban una distinción entre zonas urbanas y rurales"[686]. Lo cierto es que la clasificación urbano/rural se encuentra definida en las Normas Técnicas del Servicio de Distribución (NTSD) vigentes desde 1999 y aplicables a EEGSA[687]. En el artículo 1, Definiciones, se lee:

> Vinculación poste acometida al CT. No disponible. C. Compras de Energía cinco años… **no disponible**. […] Longitud de líneas de AT. **No disponible**.
> […] Longitud vano medio urbano…**no disponible** Longitud vano medio rural…**no disponible**
> Número de postes urbano BT…**no disponible**
> Número de postes rural BT…**no disponible**
> […] Longitud promedio tramo operable urbano…**no disponible**
> Longitud promedio tramo operable rural…**no disponible**
> […] Longitud vano medio urbano…**no disponible** Longitud vano medio rural…**no disponible**
> […] Número de postes rural…**no disponible**
> […] Cantidad de empalmes por km…**no disponible**
> […] Cantidad de clientes conectados…**no disponible** Longitud promedio alimentador de BT…**no disponible** Cantidad de terminales…**no disponible**
> Cantidad de empalmes…**no disponible**
> […] Puntos de Inyección en Alta Tensión. **No disponibles**.
> […] Todos con tensión primaria en 13.2 kV/7.62 kV, factor de utilización **no disponible.**
>
> (Carta de Carlos Fernando Rodas a Carlos Colom Bickford (GAC-P&N-C-338-2007), 17 de septiembre de 2007, **Anexo R-42** (Énfasis añadido)

Ya en mayo de 2007 EEGSA se había negado a entregar esta información. Ver carta del Lic. Miguel Calleja a Lic. José Toledo Ordoñez, 11 de mayo de 2007, **Anexo C-108,** pág. 7, dice en su parte relevante: "Información Georreferenciada: Comentario: se debe acotar a la información disponible por la empresa […] No hay disponible información sobre las coordenadas de los usuarios propiamente dichos […]"

685 Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 16.

686 Memorial de Réplica, párr. 121; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12,** párr. 16.

687 Las Normas Técnicas del Servicio de Distribución fueron publicadas en el diario de centro America el día 7 de abril de 1999 y son aplicables a los Agentes e Integrantes del Mercado Mayorista y los Usuarios del Servicio Eléctrico de Distribución. Normas Técnicas del Servicio de Distribución (NTSD), **Anexo R-165**, artículos 1, 2 y 3.

> **Servicio Rural**: Es todo servicio de energía eléctrica que un [d]istribuidor presta a un [u]suario ubicado en poblaciones que no cumplan con las condiciones de [s]ervicio [u]rbano.
>
> **Servicio Urbano**: Es todo servicio de energía eléctrica que un [d]istribuidor presta a un [u]suario, ubicado en poblaciones que son cabeceras departamentales o municipales o, en su defecto, en aglomeraciones poblacionales o núcleos integrados a las anteriores, en los cuales la distancia entre las [a]cometidas de estos servicios es menor a cincuenta metros.[688]

339. Tal vez la mejor prueba de que EEGSA decidió conscientemente no colaborar con la CNEE en el proceso de revisión tarifaria es que luego de la venta de la participación de TGH en EEGSA a su nuevo operador, Empresas Públicas de Medellín (EPM), y en el contexto de la presente revisión tarifaria, la actitud de la compañía cambió radicalmente. El nuevo operador ha mostrado una posición de colaboración y proporcionado la información con que cuenta la subsidiaria, incluyendo en particular, la relacionada con la geo-referenciación de los usuarios que hasta poco tiempo antes, el anterior operador le negaba[689].

340. En consecuencia, es claro que las excusas del testigo Ing. Maté no sirven para justificar la falta de colaboración de EEGSA en la entrega de información esencial para que la CNEE pudiera ejercer su función de control. En especial, tal como lo explica el Ing. Colom en su declaración que acompaña a esta Dúplica, la carta de 17 de septiembre no representó un hecho aislado de falta de cooperación por parte de EEGSA, sino que existieron muchos otros incumplimientos similares por parte del distribuidor, algunos de lo cuales se listan en el cuadro debajo[690]:

---

688 Normas Técnicas del Servicio de Distribución (NTSD), **Anexo R-165**, artículo 1. Adicionalmente, para la aplicación de las normas de calidad del reporte de índices de calidad previsto en el artículo 55 NTSD para las interrupciones, las mismas también deben ser presentadas en su desagregación urbano/rural, *Ibid*, artículo 55.

689 Carta de Carlos Rodas a Carmen Urizar, Ref: GPC-442-2012, 17 de septiembre de 2012, en la que EMP acompaña un disco, que entre otras cosas, contiene la "georeferenciación de ubicación de usuarios", información que hacía tan solo cinco años, supuestamente no estaban en poder de la empresa. *Ver* nota al pie 684.

690 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párrs. 36.

Fecha	Referencia	Descripción	Extracto
12 de sep de 2007	**Ref. GG-083-2007 (R-41)**	Reclamos de la CNEE por la reticencia de EEGSA y BW a aportar la información solicitada	Respecto al Bloque 2, el cual es información de costos y no necesaria para la definición de los rangos es materialmente imposible obtenerla tal y como la piden para el 24 del presente mes. Dicha información es parte del estudio tarifario y para tal efecto se ha contratado a un consultor. La misma se estará entregando conforme se elabore para el consultor precalificado por la CNEE" (Énfasis añadido).
19 de sep de 2007	**Ref. GGI-237-2007 (R-43)**	Reclamo de la CNEE por la reticencia de EEGSA y BW a aportar la información solicitada	"[N]o se tiene disponible la desagregación de pérdidas técnicas y no técnicas, tampoco se cuenta con la información de pérdidas de potencia, únicamente se tiene la información de pérdidas totales de energía de la red para los últimos cuatro años." (Énfasis añadido).
20 de nov de 2007	**CNEE-15049-2007 (R-47)**	Reclamo de la CNEE donde se nota que la información recibida es insuficiente y presenta varios problemas	Luego del análisis de la información enviada, hemos encontrado que existen diversos problemas de compilación, debido al método de presentación de la información, específicamente para las bases de datos comerciales de los usuarios y la información de la red […] [L]a información […] presenta importantes saltos durante el periodo agosto de 1998 a septiembre de 2007. […] La tabla [que] permite vincular el ID del usuario con el ID del poste no contiene la información completa.
17 de dic de 2007	**CNEE 15218-2007 / GTTE Nota S -32 (R-48)**	Reclamo de la CNEE por vencimiento de la fecha límite para entregar la información	[EEGSA] ofreció enviar en un plazo máximo de dos semanas la información relacionada […] Periodo de tiempo, que ya ha vencido, sin haber remitido a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) dicha información."
18 de dic de 2007	**CNEE-15216-2007 (R-49)**	Notificación de la CNEE informándole a EEGSA que no entregó la información de base en su totalidad	Con relación a la información base remitida al consultor del Estudio para la determinación del Valor Agregado de Distribución (EVAD) contratado por la Distribuidora; la misma no ha sido remitida en su totalidad a la CNEE; toda vez que se ha demostrado en varias oportunidades que el consultor de la Distribuidora (Bates White) posee información que no fue remitida en ningún momento a la CNEE.
30 de ene de 2008	**CNEE 15504-2008 / GTTE Nota S-60 C-158**	Nota de la CNEE solicitando información complementaria a los informes enviados en oficios GG-07-2008 y GG-08-	"[…] [P]or este medio, se le reitera lo requerido […] con fecha 20 de diciembre de 2007[…] se requiere a EEGSA […]: 1) El envío formal de la Etapa por parte del representante designado por EEGSA para el Estudio del Valor Agregado (EVAD). Dicho envío debe acompañarse de la respectiva copia del acta notarial de su nombramiento como representante legal. 2) Copia del Contrato, suscrito entre EEGSA y la

		2008	Consultora Bates White, corroborando efectivamente los efectos del contrato, según lo establecido en los Términos de Referencia del Estudio. 3) Copia de toda la información proporcionada por EEGSA al Consultor para la realización del Estudio."

341. Las cartas detalladas en el cuadro de arriba muestran que la CNEE insistió para obtener la información necesaria que le permitiera desarrollar su trabajo con responsabilidad. Ningún distribuidor se quejó de que la CNEE "pedía demasiada información" como ahora pretende indicar TGH a través del Lic. Giacchino[691]. La CNEE tenía un papel que cumplir bajo la LGE durante la revisión tarifaria y demostró suficiente flexibilidad con EEGSA para permitirle remediar sus incumplimientos. Tal como explicó el Ing. Colom en su declaración original, a pesar de que EEGSA incumplió los plazos acordados para la entrega de la información de los Bloques I y II, la CNEE accedió a otorgar prórrogas con el fin de acceder a la información faltante[692]. Aun así, EEGSA continuó negándose a presentar la información requerida, en prueba clara de su falta de cooperación con el procedimiento de la CNEE.

342. Finalmente, TGH se queja en su Réplica de que la CNEE haya realizado observaciones al estudio presentado por EEGSA el 31 de marzo de 2008 en "solamente once días", declarándolo improcedente[693]. Lo que TGH omite explicar es que el estudio tarifario de EEGSA presentado el 31 de marzo, era simplemente una colección de los informes de etapa que EEGSA había presentado de acuerdo al calendario establecido al efecto en los Términos de Referencia. La CNEE ya había analizado estos informes de etapa, y había emitido observaciones[694]. Para sorpresa de la CNEE, el estudio tarifario de 31 de marzo de 2008 había simplemente integrado los informes de etapa ya sometidos a la CNEE y

691 Giacchino Réplica, **Apéndice CWS-10**, párr. 15.

692 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 86.

693 Memorial de Réplica, párr. 119; Resolución CNEE-63-2008, de 11 de abril de 2008, **Anexo R-63**.

694 Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 88, 89, 94-95, 98.

contenía muy pocas de las correcciones solicitadas oportunamente por el ente regulador, con lo cual su revisión no requirió mayor demora[695].

4. EEGSA, a través de su Presidente, intentó negociar con la CNEE las nuevas tarifas, al margen del marco regulatorio y con prescindencia de su estudio tarifario, presentando una "oferta de descuento" no prevista en la ley

343. Como Guatemala ya ha explicado en su Contestación, unas semanas después de la entrega de las observaciones de la CNEE al estudio tarifario de EEGSA de 31 de marzo de 2008 (en el que se proponía un aumento al VAD de un 261,88 por ciento para baja tensión y 83,56 por ciento para media tensión) se recibió en la CNEE una solicitud de reunión (sin agenda) de parte del Sr. Gonzalo Pérez, Presidente del Consejo de Administración de EEGSA y Presidente de Iberdrola para Latinoamérica, quien se encontraba basado en México[696]. Según ha explicado Guatemala, en dicha reunión, que se celebró el 22 de abril de 2008, el Sr. Pérez distribuyó una presentación explicando que el nuevo estudio tarifario que estaba preparando Bates White (que presentaría el 5 de mayo de 2008) incluiría un "incremento de remuneración aproximado del 100 por ciento"[697] y que la misma presentación contenía una oferta a ser aplicada "por fuera del estudio" que reducía el incremento del 100 por ciento que propondría el consultor en su próximo estudio a un 10 por ciento, y que podía instrumentarse sin que incidiera en un aumento de las tarifas, según indicó Pérez[698]. Tal como lo señaló el Ing. Colom, el propio Sr. Pérez indicó durante la reunión que el estudio que Bates White estaba a punto de presentar "no servía para nada"[699] de lo cual el Ing. Colom dejó constancia en su copia de la presentación (que TGH obtuvo a través de su socio Iberdrola y presentó en

695 Colom I, **Apéndice RWS-1**, párr. 100.

696 Memorial de Contestación, párr. 336-338.

697 Presentación sobre Requisitos de Ingreso del Estudio Tarifario, **Anexo R-65**, pág. 8 (Énfasis añadido).

698 *Ibid*, pág. 12-13.

699 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 103; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr 54.

este arbitraje)[700]. La propuesta, por supuesto fue rechazada por la CNEE, que no estaba autorizada a "acordar" la tarifa de distribución por fuera del estudio[701].

344. La existencia de la propuesta del Sr. Pérez surgió en primer lugar en el arbitraje CIADI *Iberdrola* iniciado por dicha compañía contra Guatemala en 2009. Guatemala denunció esta irregular propuesta en su Contestación de Demanda en dicho arbitraje, ya que Iberdrola había omitido toda referencia a la reunión en su Demanda. Con la experiencia del caso *Iberdrola* como antecedente, TGH se anticipó y refirió a la propuesta del Sr. Pérez en su Memorial de Demanda acompañando la misma copia de la presentación introducida por Guatemala en el caso *Iberdrola* (que incluye la nota manuscrita por el Ing. Colom referida en el párrafo anterior)[702]. En su Demanda, TGH intentó presentar la propuesta "por fuera del estudio" hecha en persona por el Presidente de EEGSA como una posibilidad legítima y transparente[703]. Guatemala refirió en su Contestación a las graves irregularidades que suponía la "oferta de descuento" del Sr. Pérez, destacando que había sido efectuada en una reunión sin ninguna agenda pre-establecida, en persona, a través de un documento en un solo ejemplar, sin ningún correo electrónico de introducción ni de seguimiento, sin membrete en el papel y sin mencionar los nombres reales de las personas y las compañías involucradas[704]. TGH no ha refutado (porque no puede) en su Réplica estos argumentos, insistiendo en cambio en la supuesta legalidad del comportamiento de EEGSA al presentar esta propuesta[705].

345. En efecto, en el Memorial de Réplica, TGH vuelve a insistir, a través de la declaración del Ing. Maté, que la propuesta del Sr. Pérez tuvo su origen en una supuesta oferta hecha por el Ing. Moller en un almuerzo el 11 de abril de 2008. En ese almuerzo, según TGH, el Ing. Moller le preguntó al Ing. Maté, Gerente General de EEGSA, si EEGSA

700 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 103.

701 Memorial de Contestación, párr. 343; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párrs. 55; Moller Dúplica, **Apéndice RWS-5**, párr 11.

702 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 103.

703 Memorial de Demanda, párr. 121.

704 Memorial de Contestación, párr. 340; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr 51.

705 *Ibid*, párr. 340.

aceptaría un VAD 5% inferior al vigente en ese momento, y que fue en respuesta a esa propuesta que EEGSA preparó la contrapropuesta presentada por el Sr. Pérez a la CNEE el 22 de abril siguiente[706]. Como ya lo había explicado el Ing. Moller previamente, y lo reitera en su declaración de Dúplica, ello es absolutamente falso[707]. El Ing. Moller ha explicado que ha almorzado en algunas oportunidades con el Ing. Maté – y siempre a invitación del Ing. Maté – pero que él jamás habría efectuado una propuesta de ese tipo, que contravenía las disposiciones de la LGE que establecían un proceso técnico para la fijación de la tarifa.

346. No existe en el legajo del caso ninguna evidencia de la supuesta propuesta del Ing. Moller, más allá de las declaraciones de los testigos Sres. Calleja y Maté preparadas especialmente para este arbitraje. Dado el alto tráfico de correos electrónicos en EEGSA, sería de esperar que una propuesta de este tipo hubiera sido discutida a nivel directivo, sin embargo, no existe ninguna constancia escrita (un email, un memorándum, entre los Sres. Maté y Calleja, o del Ing. Maté a su jefe, el Sr. Pérez) contemporánea a la supuesta propuesta.

347. Tal como reconoce el Ing. Maté, la supuesta propuesta del Ing. Moller solo "está escrit[a] en [su] declaración" (al igual que en el presente caso), evidencia clara de que el argumento ha sido preparado para intentar legitimizar la irregular conducta de los representantes de EEGSA (incluido el propio Ing. Maté).

348. Debe notarse que una propuesta de ese tipo hubiera ido directamente en contra de la modernización y ampliación de la División de Tarifas de la CNEE, que era parte de los esfuerzos que el Ing. Moller y sus colegas en el Directorio estaban llevando a cabo internamente para asegurar el respaldo técnico de los procesos de revisión de tarifas[708]. Asimismo, tal como explicaron el Ing. Colom y el Ing. Moller en sus declaraciones testimoniales, más allá de la ilegalidad de "acordar" una propuesta de este tipo, la CNEE

706 Memorial de Réplica, párr. 124; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12,** párr. 17.

707 Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 37; Moller Dúplica, **Apéndice RWS-5**, párr. 8.

708 Moller, **Apéndice RWS-2**, párr. 38; Moller Dúplica, **Apéndice RWS-5**, párr. 12.

no contaba a la fecha de esta reunión (abril de 2008) con ningún parámetro para evaluar la razonabilidad de una propuesta de este tipo, ya que los estudios tarifarios encargados a sus consultores independientes aún no estaban listos[709].

349. TGH también insiste en su Réplica con que la propuesta presentada por el Sr. Pérez "no tenía nada de secreta", y que EEGSA no estaba "interesada en un acuerdo inapropiado o ilegal"[710]. Asimismo, el testigo Ing. Maté, intenta restarle importancia a dicha propuesta, alegando que le resultan "curiosas" las "insinuaciones" del Ing. Colom "en el sentido de que había algo solapado en torno a la reunión porque no hubo un orden del día ni se colocó un membrete en la presentación" y que la reunión de EEGSA con la CNEE "no fue secreta: a ella asistieron los tres directores de la CNEE y el Presidente y Gerente General de EEGSA, y se celebró en las oficinas de la CNEE"[711]. Al respecto, es evidente que la presencia de los funcionarios de la CNEE en una reunión sin agenda pre-establecida (por lo que los funcionarios de la CNEE desconocían los temas a tratar) no quita ni agrega a la irregularidad de la propuesta. Y, como se indicó, la falta de membrete es apenas una de las características singulares de la misma, que además fue hecha a través de un documento en un solo ejemplar, sin ningún correo electrónico de introducción ni de seguimiento, y sin mencionar los nombres reales de las personas y las compañías involucradas, refiriéndose sólo a "Distribuidora" y a "Consultor". Es claro que dicha conducta no es consistente con una creencia en la legalidad de esta propuesta. Consultado al respecto en la audiencia final del caso *Iberdrola*, el Ing. Maté emitió una justificación para ello que exime de mayores comentarios:

> P ¿Hay alguna razón porque no consta el membrete de EEGSA o de Iberdrola en este documento?
> R Pues absolutamente ninguno. Pues porque se utilizó papel en blanco para imprimirlo.
> P Se utilizó papel en blanco para imprimirlo.
> R Sí, era el que estaba en la impresora y se imprimió. Pero no hay ninguna razón.
> […] .

709 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 53.

710 Memorial de Réplica, párr. 124; Maté, **Apéndice CWS-6,** párr. 22.

711 Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr 19.

> P ¿Usted puede indicarme en este documento dónde consta una referencia a EEGSA, que utiliza la palabra EEGSA en este documento, en las 15 páginas […] de esta presentación? […] ¿dónde se menciona EEGSA?
> R Pues mire, curiosamente, curiosamente ahora que usted lo dice efectivamente no sé dónde […][712].

350. En otro extracto de su declaración, el Ing. Maté alega que "nadie le manifestó jamás que la CNEE no tuviera autoridad para negociar las tarifas de EEGSA, como ahora lo sostiene Colom"[713] y que finalizada la reunión, los Directores de la CNEE le indicaron que "analizarían la presentación de EEGSA" pero que jamás recibió respuesta de la CNEE respecto de su propuesta[714]. Los argumentos del Ing. Maté además de faltar a la verdad, no hacen más que confirmar su desconocimiento del funcionamiento del marco regulatorio eléctrico en Guatemala. Tal como explica el Ing. Colom en su declaración junto a esta Dúplica, las razones por las que la CNEE no tenía facultades para "negociar" la tarifa de distribución de EEGSA en el proceso de revisión tarifaria, eran simplemente porque dicha negociación no estaba prevista ni permitida bajo la LGE[715]. El Ing. Colom explica que no es correcta la afirmación del Ing. Maté según la cuál los Directores de la CNEE prometieron considerar la propuesta y que ello no sucedió[716]. Tal como explica el Ing. Colom, la propuesta del Sr. Pérez no podía siquiera ser considerada ya que la misma contrariaba el mandato de la LGE que establecía un proceso técnico para la revisión de tarifas[717]. Respecto de la falta de respuesta a su propuesta que refiere el Ing. Maté, tal como explica el Ing. Colom, la propuesta del Sr. Pérez puso a los Directores de la CNEE en una situación extremadamente incómoda, puesto que su negociación o aceptación estaba totalmente fuera de sus facultades, y de lo previsto por

712 Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/05) Declaraciones de Testigo Luis Maté, Tr., Día Dos, 373:17–374:14, **Anexo R-149**.

713 Memorial de Réplica, párr. 127; Maté, **Apéndice CWS-6**, párr. 23.

714 Memorial de Réplica, párrs. 119 y 127; Maté Réplica, **Apéndice CWS-6**, párr 23.

715 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párrs. 55.

716 *Ibid*.

717 *Ibid*, párrs. 55.

la LGE[718]. Como explica el Ing. Colom, la respuesta más lógica en tales circunstancias era precisamente el silencio[719].

351. Adicionalmente, TGH, a través de su testigo, el Ing. Maté, niega en su segunda declaración de testigo que el Sr. Pérez haya manifestado durante la reunión en la CNEE que el estudio tarifario de Bates White próximo a ser entregado el 5 de mayo "no servía para nada"[720]. Ello es falso. Como se explicó en la Contestación, y el Ing. Colom confirma en su declaración de Dúplica, no sólo el Sr. Pérez efectuó esta declaración durante dicha reunión, sino que (ante la sorpresa que la misma le provocó, por provenir de la misma persona que había encargado dicho estudio) el Ing. Colom registró textualmente los dichos del Sr. Pérez en su copia de la presentación:

> EEGSA: (que el estudio hecho por el consultor de EEGSA no servía para nada)[721].

352. Es claro que la negativa genérica del Ing. Maté no es suficiente para desvirtuar la prueba documental que constituye la nota manuscrita incluida en la copia de la presentación acompañada por la propia TGH.

353. Finalmente, TGH también intenta justificar la legalidad de su propuesta mediante la tergiversada comparación con un incidente de 2005 en el que TGH equívocamente involucra al Ing. Colom, que en esa época era Gerente General del INDE[722]. TGH se refiere a una carta dirigida a la CNEE conjuntamente por el Ing. Otto Girón, gerente de ETCEE (una empresa de transporte subsidiaria del INDE), y Leonel Santizo, Gerente

---

718 Como ya ha quedado explicado (Memorial de Contestación, párr. 343), una vez fijado el pliego tarifario, el Distribuidor podría, por su propia cuenta y riesgo, decidir cobrar tarifas más bajas, pero eso no es algo que el distribuidor negocie previamente con la CNEE, sino que queda a exclusivo criterio del distribuidor.

719 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 55

720 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 103; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12** párr 19.

721 *Ver* nota manuscrita en Presentación sobre Requesitos de Ingreso del Estudio Tarifario, 22 de abril de 2008, **Anexo R-65**, pág. 8; Colom **Apéndice RWS-1**, párr. 103; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr 54. Este documento es la copia de la presentación que quedó en poder de la CNEE y que fue luego presentada por Guatemala en el arbitraje iniciado por Iberdrola. Guatemala entiende que la copia de este documento fue entregada por Iberdrola a TGH en el contexto del acuerdo de intercambio de información que TGH se negó a entregar a Guatemala en este arbitraje.

722 Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 30; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 18. *Ver* también Memorial de Réplica, párr. 125.

General de Trelec (transportista del grupo DECA II, operado por Iberdrola), en la que ambas transportistas efectúan a la CNEE una propuesta de descuento para sus peajes en el sistema de transporte de electricidad[723]. Al respecto, debe destacarse primeramente lo que es evidente: la carta que TGH presenta no la envía el INDE, no está firmada por el Ing. Carlos Colom y tampoco menciona su nombre[724]. El Ing. Colom explica, sin embargo, que aún si la carta involucrare al INDE (que no lo hace), esta comparación es totalmente inaplicable, dadas las diferencias en los roles de las distintas entidades:

> La comparación que intenta Calleja es inadmisible. El INDE es una empresa regulada (y no un ente regulador), con fines de lucro, y que compite con otras empresas en el desarrollo y operación del sistema de energía eléctrica. De hecho, el INDE funciona como una holding pública de tres empresas de generación, comercialización y transporte de energía (esta última, ETCEE). La CNEE, por su parte, es el ente regulador del sector eléctrico. Por tanto, es claro que las funciones de ambos organismos son completamente diferentes, así como también lo son la responsabilidad del Presidente de la CNEE, del Gerente General del INDE y del Gerente General de TRELEC[725].

354. Es claro que el contexto y las circunstancias entre ambas situaciones no podrían ser más disímiles.

355. Vale la pena reiterar una vez más que TGH (tal como sucediera con Iberdrola en su arbitraje anterior) no creyó conveniente que el Sr. Pérez explicara como testigo las razones que lo llevaron a realizar semejante oferta de descuento. Dichas razones, de todos modos, son claras. EEGSA había presentado el 31 de marzo un estudio tarifario evidentemente sobrevaluado (245 por ciento de aumento del VAD) al solo efecto de preparar el terreno para la "negociación". Amenazando ahora con un incremento del 100 por ciento en el próximo estudio, proponía solo un 10 por ciento de incremento de

723 Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 30; Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 18. *Ver* también Memorial de Réplica, párr. 125.

724 Nota 0-553-170-2005 de TRELEC y ETCEE a la CNEE, de 9 de mayo de 2005, **Apendice C-91**, páginas 3-4.

725 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr 56.

ingresos y sin aumento de tarifas, como una oferta que la CNEE *no podría rechazar*[726]. Lo que esto evidencia en definitiva, además de la falta de respeto de EEGSA por la regla de la ley, es la falta de confiabilidad de los resultados de los estudios tarifarios de Bates White. Si dichos estudios tarifarios hubieran sido confiables, ¿cómo podría el Sr. Pérez justificar ante sus accionistas una renuncia de al menos 90 por ciento de sus ingresos? No existe justificación posible.

5. El estudio del 5 de mayo de 2008 reflejaba un aumento del VAD de 184 por ciento respecto de la "oferta" de 10% por ciento realizada por el Sr. Pérez unos días antes

356. En su Memorial de Contestación[727], Guatemala explicó que el 5 de mayo de 2008, sólo unos días después de la visita de Sr. Pérez, Bates White presentó como lo había anunciado el Sr. Pérez la segunda versión de su estudio tarifario. A sorpresa de la CNEE, sin embargo, el estudio de Bates White del 5 de mayo no reflejaba un aumento del 100 por ciento del VAD como había amenazado el Sr. Pérez, sino de un 184 por ciento. Como también se explicó en detalle en el Memorial de Contestación[728], el estudio incorporaba apenas 40 de las 125 correcciones ordenadas por la CNEE a través de sus observaciones al estudio del 31 de mayo. La justificación de Bates White para no realizar las correcciones según lo requerido en el marco regulatorio era su interpretación abusiva del artículo 1.10 de los Términos de Referencia que, según Bates White, le daba libertad para aplicar sus propios criterios metodológicos. Como Guatemala ya explicó[729], bajo este artículo, Bates White solo podía cambiar la medología establecida en los Términos de Refencia con acuerdo de la CNEE. A modo de ejemplo de los graves incumplimientos con los Términos de Referencia que contenía este estudio, basta con mencionar que los modelos todavía "no eran auditables", la justificación de los precios eficientes seguía sin contener comparables nacionales e internacionales, no existía un

726 Presentación Estudio Tarifario: Requerimiento de Ingresos, 22 de abril de 2008, **Anexo C-194**, págs. 12-13.

727 Memorial de Contestación, párr. 349-350.

728 *Ibid*, párr. 344-348.

729 *Ibid*, párr. 346.

benchmarking ni una sistematización en una base de datos, y las unidades constructivas seguían sin ser óptimas.

357. En su Réplica, TGH sostiene que incluso si fueran ciertos estos defectos, ellos no son "relevantes" porque fueron sometidos a la Comisión Pericial y, en su caso, corregidos en el estudio del 28 de julio[730]. Más allá de que, como se explica en la Sección V.E.10 más abajo, estos errores no fueron corregidos en el estudio del 28 de julio, contrariamente a lo sostenido por TGH, el estudio del 5 de mayo sí es relevante. TGH pretende eludir el hecho que, luego de haber presentado una propuesta de negociación de 10 por ciento de aumento de VAD, ahora su estudio requería un 184 por ciento. TGH ni siquiera realiza, porque no puede, el intento de explicar esta inconsistencia.

358. Negarse a presentar información auditable y la justificación de precios eficientes bajo la excusa de que Bates White tenía el derecho a oponerse a ello hasta que la Comisión Pericial le dijera lo contrario[731], como lo hizo eventualmente, evidencia la falta de buena fe de TGH. Bates White sabía que si presentaba la información luego de presentado el dictámen de la Comisión Pericial, la CNEE no tendría el tiempo ni la oportunidad de auditar la información, ni establecer si los precios presentados eran eficientes respecto de los comparables nacionales e internacionales. Cabe preguntarse además porqué, si supuestamente Bates White podía cumplir con estos requisitos en julio, se resistió a cumplirlos en mayo cuando se lo requería la CNEE.

a. El modelo del 5 de mayo no era auditable y el requerimiento de trazabilidad era razonable

359. Como ya se explicó en el escrito de Contestación de Demanda[732], el rol de la CNEE es analizar si el estudio tarifario del distribuidor se ajusta a los Términos de Referencia establecidos al inicio del proceso de revisión. Para que la CNEE pueda cumplir con su cometido legal, es imprescindible entonces que la información contenida en el estudio del distribuidor pueda ser auditada, comprendida y analizada por terceros que no hayan

730 Memorial de Réplica, párr. 129.

731 *Ibid*, párr. 129-130.

732 Memorial de Contestación, párr. 201.

participado en la elaboración del estudio, como la CNEE y sus asesores[733]. La trazabilidad de los modelos es importante dado que es lo que permite al regulador auditar los cálculos realizados y verificar que efectivamente el estudio tarifario establece una tarifa eficiente[734].

360. Para comprender la importancia para el regulador de contar con modelos trazables, es importante entender cómo está construido un modelo. Como lo explica el Ing. Damonte:

> Un modelo construido en Excel está constituido por una o varias planillas que contienen ecuaciones que vinculan un conjunto de celdas de entrada con otro conjunto de celdas de salida, o resultados, utilizando diversos algoritmos y parámetros. Así, el modelo permite a cualquier usuario recalcular los resultados cambiando sólo el valor de las celdas de entrada y/o los parámetros[735].

361. La trazabilidad de los modelos es importante dado que es lo que permite al regulador auditar los cálculos realizados y verificar que efectivamente el estudio tarifario calcula una tarifa eficiente:

> A través de la auditoría de los modelos se puede comprobar si el mismo refleja un resultado de acuerdo al marco regulatorio, a las reglas del arte en cuestiones económicas, regulatorias y de la ingeniería. Auditar un modelo significa poder revisar los cálculos presentados en las planillas del modelo desde los "datos base" hasta el resultado final, a fin de verificar la lógica del cálculo. A fin de auditar los cálculos hacen falta dos elementos. Primero una vinculación total de las celdas que contienen los datos incluidos en las planillas de cálculo; y segundo que el modelo esté adecuadamente documentado, conteniendo memorias de cálculo y soportes válidos de todos los datos de entrada como así también de todos los parámetros que intervienen en el proceso de cálculo. La tarea de auditar los cálculos de una planilla Excel se realiza con una herramienta que la misma planilla Excel tiene incorporada. Para auditar una celda que contiene un cálculo en el que intervienen otras celdas, es necesario colocarse sobre ella y

733 *Ibid*, párr. 202; Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 94; LGE, **Anexo R-8**, art. 75; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 43.

734 Damonte, **Apéndice RER-2**, párr. 94.

735 *Ibid*, párr. 97.

> luego activar el botón de auditar las celdas precedentes, con lo que el software genera flechas que conducen a las celdas precedentes con las cuales ésta está vinculada. De igual forma puede hacerse con las celdas que dependen de ésta. Si las referencias están en otra planilla es necesario abrir también esa otra planilla para poder controlar el cálculo. Una vez que se tiene en claro cómo se vinculan las celdas y en su caso las planillas entre sí, es necesario controlar si esa vinculación es correcta. Para ello es necesario disponer de un documento donde se muestran las fórmulas algebraicas utilizadas, con su correspondiente explicación, deducción y fundamentos[736].

362. Es importante clarificar en esta instancia dos conceptos explicados por el Ing. Damonte. El primero consiste en la "vinculación" del modelo, es decir, la vinculación de las celdas entre sí y, a su vez, entre las diferentes planillas. La vinculación del modelo es importante para poder seguir la lógica de las celdas. Sólo si todas las celdas y las planillas están vinculadas entre sí los campos se actualizan automáticamente si una de las celdas es modificada. Esta vinculación es la que permite realizar ajustes al modelo y realizar sensibilidades. El segundo concepto, relacionado a la vinculación pero no idéntico, es la trazabilidad o auditabilidad del modelo. Para poder trazar o auditar el modelo hace falta, por un lado, que las planillas estén vinculadas y, por el otro, que cada una de las celdas de cada planilla contenga las fórmulas utilizadas en cada cálculo y su soporte. Aunque un modelo esté vinculado, si no contiene justificación de los cálculos realizados (por ejemplo, si tiene valores "pegados" sin explicación) no hay forma de que un tercero pueda verificar la razonabilidad y exactitud de los cálculos.

363. El Ing. Giacchino reconoce que los estudios tarifarios presentados a la CNEE, incluyendo aquél del 5 de mayo de 2008, no se encontraban vinculados, "[e]n su estudio, Bates White no había vinculado los modelos por diversas razones"[737]. El Ing. Damonte confirma además que los modelos utilizados en el estudio tarifario de Bates White del 5 de mayo de 2008 no eran auditables porque, entre otros, no se había presentado la información necesaria para verificar las fórmulas:

---

736 Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 98-102 (Emphasis añadido).

737 Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 54.

> Los modelos presentados por BW están integrados por un numeroso conjunto de planillas de Excel, cuyas celdas utilizan para el cálculo valores que pertenecen tanto a celdas de la misma planilla como así también a decenas de otras planillas. Cuando el modelo se revisa, pueden observarse las siguientes dificultades para su auditoría. Primero, las planillas Excel correspondientes a los "modelos" utilizados en el estudio de BW del 5/5/2008 no estaban totalmente vinculadas, como el mismo L. Giacchino lo reconoce en su segunda declaración de testigo, aduciendo que "no era posible vincular el modelo ya que diversas personas se encontraban trabajando simultáneamente desde diversos países para completar el estudio antes del plazo de entrega". La consecuencia de ello es que la auditoría de tales planillas se hace extremadamente compleja e insegura y en muchos casos imposible, por ejemplo, donde se "pegaron" valores. Segundo, BW no ha proporcionado memorias de cálculo ni documentación de soporte para la mayor parte de las fórmulas utilizadas, en particular, en cuestiones relativas a la optimización del modelo, por lo que no es posible auditar si sus modelos Excel funcionan en base a un modelo de optimización tal como lo requiere la regulación. Por lo tanto no es posible confirmar si el modelo se ajusta a los Términos de Referencia exigidos por la CNEE para el Cálculo Tarifario. Finalmente, en muchos casos, las celdas no contienen fórmulas algebraicas ni vínculos con otras celdas, sino solo valores "pegados", sin fundamentar adecuadamente su valor, y en muchos casos hasta sin la menor identificación. En tales casos no hay manera de auditar cual es el origen ni fundamento de dicho valor[738].

364. En su Réplica, a pesar de insistir en que el estudio del 5 de mayo y su trazabilidad no son relevantes, TGH intenta explicar las razones por las cuales su modelo no era auditable. En particular, el Ing. Giacchino basa la falta de trazabilidad básicamente en: (i) la utilización de cuatro grupos de profesionales; (ii) la falta de tiempo; (iii) la asunción de que los modelos podrían ser explicados a la CNEE en una reunión; (iv) que no lo exigían los Términos de Referencia; y (v) que la utilidad de la vinculación plena del modelo era limitada dado que las restricciones de memoria de los equipos informáticos impedían la apertura de todas las planillas a la vez[739]. Asimismo, TGH

738 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 165-167.

739 Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 54.

alega que, el Ing. Damonte explicó en su primer informe que, para poder "realizar la auditoría de tales 'Modelos' es necesario mantener abiertas todas las planillas involucradas", pero que "dada la gran cantidad de planillas" que componían el "Modelo" de Bates White y el tamaño de los archivos, la operación simultánea de todos esos archivos no era posible[740]. TGH alega asimismo que el Ing. Damonte habría reconocido que no era posible operar todos los archivos hasta la aparición de Excel 2010[741]. Como se explica a continuación, cada una de estas excusas carece de sustento.

365. En primer lugar, contrariamente a lo alegado por TGH, la necesidad de presentar los modelos vinculados para poder replicar los cálculos fue establecida claramente en los Términos de Referencia:

> Deberá entregarse copia a la CNEE de toda la información utilizada en los formatos requeridos, tanto en forma impresa como en archivos digitales modificables que permitan a la CNEE replicar los cálculos[742]
>
> [D]e manera que la CNEE pueda verificar el proceso o cargar la información en hora de cálculo y/o bases de datos y eventualmente realizar análisis de sensibilidad mediante la modificación de las variables utilizadas[743].
>
> Este Informe deberá contener como mínimo lo siguiente […] los correspondientes modelos que permitan a la CNEE verificar y reproducir el proceso […][744].

366. Aún si hubiera habido alguna duda, las distintas observaciones realizadas por la CNEE a los estudios tarifarios presentados por Bates White aclararon la importancia de contar con modelos auditables. A modo de ejemplo, la CNEE explicó a Bates White en sus comentarios a las etapas C y E que:

---

740 Damonte, **Apéndice RER-2**, nota de pie 41.

741 Memorial de Réplica, párr. 130

742 Términos de Referencia para la Realización del Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Resolución CNEE 124-2007, enero de 2008, **Anexo R-53**, punto 1.5(2) (Énfasis añadido).

743 *Ibid*,, punto 1.64 (Énfasis añadido).

744 *Ibid*, punto 4.6 (Énfasis añadido).

> [D]ebe enviarse la respectiva memoria de cálculo, y modelos (en medio magnético, sin protección y con los correspondientes vínculos) para que CNEE pueda reproducir y validar los análisis efectuados, debe incluirse también, la justificación de todos y cada uno de los criterios adoptados[745].
>
> […] Algunos de los valores presentados en la planilla de cálculo, no poseen las fórmulas ni el direccionamiento de las celdas de las mismas, impidiendo la verificación de la metodología aplicada en los mismos. Es necesario que todos los valores estén justificados y que los valores sean replicables, con el objetivo de que la CNEE pueda emular los resultados obtenidos por la Distribuidora[746].

367. Asimismo, la excusa de TGH—que la utilidad de la vinculación era limitada porque, sin contar con Excel 2010, las restricciones de memoria "impedían la apertura de todas las planillas a la vez"[747]—no amerita consideración. Como explica el Ing. Damonte, era definitivamente posible realizar la operación simultánea de dos planillas con un Modelo bien construido, incluso sin contar con el Excel 2010[748]. La operación simultánea sólo resultó imposible debido a la estructura del "Modelo" de Bates White, la cual estaba compuesta por 163 planillas de gran tamaño, elaboradas con dos versiones distintas de Excel (2003 y 2007)[749]. El Excel 2010 no hubiera solucionado los graves errores del "Modelo" de Bates White, ya que había valores pegados y otras características que impedían la trazabilidad del modelo.

368. Por último, insinuar que la CNEE podría ejercer su función de contralor mediante la concurrencia a una reunión en la cual se le explicarían los modelos en lugar de realizar sus propios cálculos o ampararse en la falta de tiempo y estructura de los equipos no son excusas válidas para impedir al regulador el cumplimiento de sus funciones legales.

---

745 *Ver, eg*, Carta de Ing. C Colom Bickford a Ing. L Maté (Etapa C), 14 de marzo de 2008, **Anexo C-169**, págs. 6-7

746 *Ver* Carta de Ing. C Colom Bickford a Ing. L Maté (Etapa E), 25 de marzo de 2008, **Anexo C-176**, pág. 1 (Énfasis añadido).

747 Memorial de Réplica, párr. 130.

748 Damonte, **Apéndice RER-5**, párr. 266

749 Damonte, **Apéndice RER-5**, párr. 268.

369. Es importante notar que la razonabilidad del requerimiento de trazabilidad no es sólo obvia para cualquier experto del sector sino que además, como se explica más abajo, fue confirmada por unanimidad por la misma Comisión Pericial integrada por Giacchino[750]. Es claro, por lo tanto, que la falta de auditabilidad de la información tenía un objetivo específico: forzar la aprobación del estudio por la CNEE sin una verificación adecuada de sus contenidos.

b. Bates White no entregó dos precios de referencia internacionales según lo requerían los Términos de Referencia

370. Tal como fue indicado por Guatemala en su Memorial de Contestación[751], Bates White ignoró de forma sistemática su obligación de presentar una base de datos de precios completa, que incluyera (entre otros) precios de referencia internacionales, que estuviera sistematizada y que fuera fácilmente auditable, a pesar de que la CNEE se lo indicó en reiteradas oportunidades a través de las observaciones a los informes de Bates White y a pesar de ser éste un requerimiento especificado en los Términos de Referencia.

371. Giacchino mismo admite en su declaración la existencia del requerimiento de la inclusión de precios de referencia internacionales"[752] aunque justifica su incumplimiento por considerar que ese requerimiento "muchas veces es impracticable"[753] y que "la metodología de precios sugerida por la CNEE en los TdR no resultaba acertada desde el punto de vista económico"[754]. Como ya se explicó, la oportunidad para impugnar la metodología de los Términos de Referencia es antes del inicio de la revisión tarifaria. Una vez que éstos quedaron firmes, Bates White debía acatar los Términos de Referencia finales tal como publicados, salvo acuerdo en contrario de la CNEE.

372. El hecho de que Bates White hubiera suministrado una gran parte de la información en archivos PDF, o incluso en archivos de imagen de facturas u órdenes de compra

750 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 17.

751 Memorial de Contestación, párrs. 395, 419, 515.

752 Giacchino, **Apéndice CWS-4**, párr. 17.

753 *Ibid*.

754 Giacchino Complementaria, **Apéndice CWS-10**, párr. 34.

escaneadas, tornó más dificultoso e incluso imposible, el procesamiento de la información. La importancia de contar con una base de datos tanto de precios como de costos, se basa en la posibilidad de su procesamiento electrónico, tal como lo explica el Ing. Damonte:

> Los problemas que surgieron por la falta de Bases de Datos, electrónicas con un adecuado formato, fueron de diferente naturaleza, que van desde la simple ausencia de la información, la imposibilidad de su lectura, ya no electrónica sino hasta la ilegibilidad de las fotocopias escaneadas. Adicionalmente hubo también dificultades para vincular diferentes tipos de datos, como por ejemplo números de materiales, con números de facturas, con números de órdenes de compras, o con números de presupuestos[755].

373. La presentación por parte de Bates White de la información en formato PDF muestra a las claras la falta de esfuerzo realizado – y la conciencia que se tuvo de dicha falta – para facilitar el trabajo de revisión, control y elaboración por parte de la CNEE. A continuación, lo explica el Ing. Damonte:

> La importancia de contar con una Base de Datos tanto de precios como de costos, radica en la posibilidad de su procesamiento electrónico. El hecho que una parte importante de la información BW la suministrara en archivos PDF, o incluso en archivos de imagen de facturas u órdenes de compra escaneadas, dificultó e incluso imposibilitó el necesario procesamiento que se requería[756].

c. Las unidades constructivas no eran óptimas

374. Como lo indicó el Ing. Damonte, el VNR de Bates White del 5 de mayo de 2008 no estaba optimizado y contenía una "enorme sobre estimación del VNR que BW realizó en todos los rubros del estudio"[757]. En el Memorial de Contestación[758], Guatemala presentó algunos ejemplos para ilustrar el sobredimensionamiento, irrazonabilidad y falta de optimización de las unidades constructivas del estudio tarifario de Bates White del 5 de

755 Damonte, **Apéndice RER-2**, párrs. 129; ver también Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 172.

756 *Ibid*, párr. 171.

757 Damonte, **Apéndice RER-5**, párr. 192.

758 Memorial de Contestación, párrs. 403-410.

mayo de 2008. En su escrito de Réplica, TGH sólo se refiere a la eliminación solo parcial de redes subterráneas en su estudio del 5 de mayo[759].

375. Como se explicó en detalle en el Memorial de Contestación[760], Bates White pretendía que se le reconociera un VNR basado en una longitud de redes subterráneas muy superior a las reales, con un valor altamente superior al comparado con las redes aéreas. Es importante destacar que, contrariamente a lo alegado por TGH, ni las normas regulatorias lo permitían ni las municipalidades habían requerido la sustitución de redes aéreas por subterráneas. No es sorprendente, por lo tanto, que TGH no presente ningún documento avalando esta postura sostenida por el testigo Ing. Giacchino[761].

376. Las siguientes comunicaciones entre la CNEE y EEGSA demuestran claramente que EEGSA sabía desde la presentación de su primer estudio de etapa (y no desde abril 2008 como alega TGH)[762] que el marco regulatorio de Guatemala no le permitía incluir redes subterráneas:

Comunicación	**Posición sobre la inclusión de las redes subterráneas**
Informe de Etapa de Bates White	"Se adoptó un sistema subterráneo"[763].
Observaciones de la CNEE al Informe de Etapa	[E]l segundo párrafo del Artículo 52 establece que: "El adjudicatario está obligado a dar servicio mediante líneas aéreas […] El criterio establecido por la Distribuidora para justificar instalaciones subterráneas […] no se apega a lo establecido en la Ley General de Electricidad, por esta razón no es factible que la Distribuidora incluya en su estudio la totalidad de distribución subterráneas propuestas para ser reconocidas en el VNR[764].

759 Memorial de Réplica, párr. 131.

760 Memorial de Contestación, párrs. 403-405.

761 Memorial de Réplica, párr. 131.

762 *Ibid*.

763 Nota de M. Calleja a C. Colom y Nota de L. Giacchino a C. Colom y M. Calleja, adjuntando el Informe de Etapa C de Bates White: Optimización de la Red del Distribuidor, 29 de febrero de 2008, **Anexo C-164**, pág. 4

764 Carta de Ing. Carlos Colom Bickford a Ing. Luis Maté, GTTE-NotaS S-438, 14 de marzo de 2008, **Anexo C-169**, pág. 3.

Estudio tarifario de Bates White del 31 de marzo de 2008	El artículo 52 de la LGE exime al concesionario de construir redes subterráneas cuando no fueran reconocidos por tarifas. Dicho artículo exige una obligación mínima (construcción de redes aéreas) por parte del distribuidor[765].
La Resolución 63-2008 de la CNEE	[Las instalaciones subterráneas] no fueron registradas durante la inspección in situ de la Muestra auditada en conjunto entre el personal de CNEE y EEGSA, apartándose de lo establecido en los TdR[766].
Estudio tarifario de Bates White del 5 de mayo de 2008	El artículo 52 de la LGE exime al concesionario de construir subterráneos cuando no fueran reconocidos por tarifas. Dicho artículo exige una obligación mínima (construcción de redes aéreas) por parte del distribuidor pero sin embargo el mismo no prohíbe la utilización de otras tecnologías[767].
Resolución 96-2008 de la CNEE	[La CNEE] discrepa con la inclusión de las instalaciones subterráneas requerida por la Distribuidora[768].

377. Dada la persistencia de estos (y muchos otros) apartamientos de los Términos de Referencia, la CNEE no tuvo otro remedio que rechazar el estudio tarifario del Bates White del 5 de mayo.

6. El procedimiento ante la Comisión Pericial se ajustó a lo establecido en la LGE

a. La Comisión Pericial debió ceñir su tarea a determinar si el estudio del distribuidor seguía los Términos de Referencia establecidos por la CNEE

378. Tal como se explicó en la Contestación, luego del rechazo por parte de la CNEE del estudio tarifario de Bates White de 5 de mayo de 2008 por no ajustarse a los Términos de Referencia, y debido a que persistían discrepancias entre las partes, mediante Resolución 96-2008 de 15 de mayo, la CNEE procedió a conformar la Comisión Pericial

765 Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Informe Etapa C: Optimización de la Red, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, **Anexo C-181,** pág. 92.

766 Resolución CNEE 63-2008, **Anexo R-63**, págs. 9-10.

767 Bates White, Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., Informe Etapa C: Optimización de la Red, 29 de febrero de 2008, revisado el 31 de marzo de 2008, corregido el 5 de mayo de 2008, **Anexo R-69**, pág. 120.

768 Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-71**.

prevista en el artículo 75 de la LGE para que se pronuncie sobre las mismas[769]. Guatemala ya ha referido que bajo la LGE tal pronunciamiento debía circunscribirse a determinar si el estudio del distribuidor sigue los Términos de Referencia establecidos por la CNEE[770].

379. En su Réplica, TGH retoma su argumento de que la Comisión Pericial no se encontraba "limitada a determinar la correcta aplicación de los [Términos de Referencia] en el estudio de la distribuidora"[771] y, con cita al experto Alegría, indica que dicho órgano tenía facultades para resolver "cualquier discrepancia o diferencia entre las partes respecto del cálculo de los componentes del VAD en el estudio"[772]. El experto Alegría también declara que las discrepancias a ser decididas por la Comisión Pericial no se limitaban a si el distribuidor había implementado correctamente las correcciones solicitadas por la CNEE, "sino que también pueden referirse a si deben implementarse o no las correcciones de la CNEE, a la luz de los Términos de Referencia y las disposiciones de la LGE y el [Reglamento]"[773]. TGH alega asimismo en su Réplica que de acuerdo al contrato del Ing. Bastos con la CNEE éste debía "'verificar la correcta aplicación de la metodología y criterios establecidos en los Términos de Referencia' en el estudio del VAD de EEGSA, señalando su 'posición en relación a cada discrepancia planteada en la Resolución CNEE-96-2008; así como sobre las respuestas a [la] misma de' EEGSA y "'conocer y utilizar la legislación aplicable sobre los puntos de discrepancia identificados en forma precisa en la Resolución CNEE-96-2008, y las respuestas a la misma de [EEGSA] y de su Consultor' y '[e]mitir su pronunciamiento sobre las discrepancias, de acuerdo a la normativa legal vigente y a los Términos de Referencia aprobados por la CNEE"[774]. Según TGH, estas disposiciones contractuales solo tenían sentido bajo el entendimiento de que la función de la Comisión Pericial no estaba "limitada a determinar la correcta aplicación de los [Términos de Referencia] en

769 Memorial de Contestación, párr. 351.

770 *Ibid*.

771 Memorial de Réplica, párr. 137.

772 *Ibid*, párr. 136; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 31

773 Memorial de Réplica, párr. 137; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 36.

774 Memorial de Réplica, párr 136.

el estudio de la distribuidora"[775]. Como se explica a continuación, las alegaciones de TGH son incorrectas.

380. En primer término, debe reiterarse lo dicho más arriba en el sentido de que a la luz de la obligación del consultor bajo el marco regulatorio de "efectuar" las correcciones requeridas por la CNEE para ajustar el estudio 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[776]. Así, la Comisión Pericial no solo no puede modificar dichos Términos de Referencia, sino que tampoco tiene competencia para cuestionar o alterar su contenido, de la misma manera que tampoco puede aprobar o rechazar el estudio del distribuidor; y/o aprobar las tarifas. Por dicho motivo, es necesario aclarar que la Resolución 96-2008 (que dispuso la formación de la Comisión Pericial) en ningún momento apoya el argumento de TGH en el sentido de que la Comisión Pericial podría ir más allá de determinar la correcta aplicación de los Términos de Referencia en el estudio del distribuidor. En la parte resolutiva de dicha Resolución se define la función de la Comisión Pericial como "[V]erifica[r] la correcta aplicación de los Términos de Referencia del Estudio del Valor Agregado de Distribución aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica"[777]. Así, ni los Términos de Referencia, ni la LGE o el Reglamento establecen ninguna otra tarea para la Comisión Pericial. Es decir, el marco de acción de la Comisión Pericial está necesariamente delimitado, de modo que sea consistente con lo previsto en el marco legal en su conjunto: Guatemala ya ha explicado que las funciones de la CNEE en el marco de la revisión tarifaria no pueden ser delegadas, algo que fue confirmado por la Corte de Constitucionalidad[778]. Así, la Comisión Pericial no puede extralimitarse en sus funciones al dictar su pronunciamiento e invadir la esfera de actuación de la CNEE. Si

---

775 *Ibid*, párr. 137; Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, de 26 de junio de 2008, **Apéndice R-85**, cláusula 3 y 4, incisos d) y e).

776 Memorial de Contestación, párr. 207.

777 Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008**, Anexo R-71**, pág. 3.

778 Memorial de Contestación, párrs. 125(a), 172(b) y 173; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 34.

así lo hiciere, dicho pronunciamiento o las partes del mismo que excedan los poderes de la Comisión Pericial, no podrán ser considerados por la CNEE, por ser contrarios a la LGE y su Reglamento[779]. El alcance de la tarea de la Comisión Pericial queda así claramente delimitado.

381. En este contexto, los dichos del experto Alegría respecto de que las funciones de la Comisión Pericial "también pueden referirse a si deben implementarse o no las correcciones de la CNEE" carecen de cualquier sustento legal y el Lic. Alegría no ofrece ningún soporte para ello[780]. Tal como explica el Lic. Aguilar, el artículo 98 del Reglamento establece la obligación del consultor de incorporar las observaciones de la CNEE, algo que ya fue aceptado por EEGSA en la revisión tarifaria de 2002, por lo que asignar a la Comisión Pericial la facultad de decidir si dichas observaciones deben o no ser implementadas, es inconsistente con el artículo 98 del Reglamento[781].

382. En segundo lugar, tampoco resultan en apoyo del argumento de TGH el texto del contrato del Ing. Bastos con la CNEE y la alegada "falta de sentido" en la limitación de sus funciones como miembro de la Comisión Pericial[782]. TGH efectúa una lectura selectiva de dicho contrato, que en su cláusula tercera describe de modo genérico la función del perito, indicando que éste deberá "verificar la correcta aplicación de la metodología y criterios establecidos en los Términos de Referencia"[783]. Ello resulta plenamente consistente con la tarea que ordenaba la Resolución CNEE-96-2008 de

---

779 Memorial de Contestación, párr. 210.

780 Memorial de Réplica, párr. 137; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 36.

781 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 27.

782 Memorial de Réplica, párr. 137.

783 Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, de 26 de junio de 2008, **Apéndice R-85**, Cláusula 3:

> En su actuación como "El Perito" deberá verificar la correcta aplicación de la metodología y criterios establecidos en los Términos de Referencia […] en el Estudio de Valor Agregado de Distribución de la Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, señalando su posición en relación a cada discrepancia planteada en la Resolución CNEE-96-2008; así como sobre las respuestas a la misma, de Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima, y de su Consultor.

(Énfasis añadido).

verificar si el estudio tarifario incorporaba o no las observaciones de la CNEE sobre la base de los Términos de Referencia[784]. Es claro que para ello, el consultor debía cumplir con la cláusula cuarta del contrato que cita TGH ya que para ello era necesario "conocer y utilizar la legislación aplicable sobre los puntos de discrepancia identificados en forma precisa en la Resolución CNEE-96-2008"[785]. Por lo tanto, y de una lectura conjunta, resulta que ambas cláusulas del contrato del Ing. Bastos con la CNEE son totalmente compatibles con los lineamientos descriptos en la Resolución 96-2008 para describir la función de la Comisión Pericial.

383. A pesar de que el mandato de la Comisión Pericial estaba limitado a dictaminar si el estudio del consultor se adecuaba a los Términos de Referencia, la Comisión Pericial efectivamente se extralimitó en sus funciones en su pronunciamiento de 25 de julio de 2008[786]. El Ing. Bastos, quien presidió la Comisión Pericial, intenta en este arbitraje justificar dicho exceso intentando ampliar el campo de actuación de dicho órgano bajo la ley guatemalteca[787]. No solamente su opinión es necesariamente parcial, sino que el Sr. Bastos, ingeniero argentino, no está capacitado para dar una opinión legal sobre el alcance de las funciones de la Comisión Pericial bajo el marco regulatorio eléctrico de Guatemala. Al respecto, debe recordarse que el más alto tribunal guatemalteco ya ha definido el rol y alcance de la Comisión Pericial en el mismo sentido que Guatemala lo presenta en este arbitraje y en directa contraposición a los argumentos que avanzan TGH, el Ing. Bastos y el experto Alegría[788].

---

784 Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-71**.

785 Memorial de Réplica, párr. 137; Contrato Administrativo de Prestación de Servicios Profesionales de Peritaje entre la CNEE y C. Bastos, de 26 de junio de 2008, **Apéndice R-85**, cláusula 4, incisos d) y e).

786 Memorial de Contestación, párr. 401 y 606. Por ejemplo, la Comisión Pericial extralimitó su mandato proponiendo en su pronunciamiento una fórmula de recupero de capital alternativa a la establecida en los Términos de Referencia, hecho reconocido por el Ing. Bastos en la declaración testimonial que presentó en el arbitraje iniciado por *Iberdrola* (extracto que fue removido de la declaración testimonial del testigo Bastos prestó en este arbitraje). Iberdrola Energía, S.A. v. República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaraciones de Testigo, Declaración de Testigo Carlos Bastos, 13 de mayo de 2009, **Anexo R-102**, párr. 44.

787 Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 10; Bastos, **Apéndice CWS-1**, párr. 18.

788 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 13 y 17(f); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág 16.

b. La Comisión Pericial, un órgano temporal y privado, no fue ni independiente ni imparcial

384. En su Contestación, Guatemala explicó que la LGE prevé a la Comisión Pericial como un órgano privado, contingente y de existencia ocasional. Al momento de la revisión tarifaria de EEGSA, la ley no preveía ningún requerimiento de imparcialidad o independencia para ninguno de sus miembros[789]. Así había sido como EEGSA designó al propio Lic. Giacchino, autor del estudio tarifario objeto de la revisión, como su representante en la Comisión Pericial[790], y la CNEE designó al Ing. Jean Riubrugent, quien la había asesorado en cuestiones específicas del análisis preparado por Sigla[791]. Asimismo, como tercer miembro de la Comisión Pericial, las partes eligieron al Ing. Carlos Bastos, quien también había revelado que EEGSA era cliente suyo, habiendo realizado un trabajo para dicha compañía sobre el mercado eléctrico mayorista en Guatemala unos meses antes[792]. Tal como se explica más abajo[793], el comportamiento de las dos partes al designar los miembros de la Comisión Pericial mostró claramente que ninguna de las partes consideraba que dicha Comisión sería independiente o imparcial.

385. En su Réplica, TGH busca asignar un carácter independiente e imparcial a sus miembros[794], incluso presentando a dicho ente como un órgano con facultades superiores a la CNEE en lo referido a la determinación de las tarifas[795]. En base a ello, TGH critica en su Réplica que el Ing. Riubrugent haya estado en contacto con la CNEE durante su función como perito y cita correos electrónicos intercambiados entre el Ing. Riubrugent y la Ing. Marcela Peláez, una consultora de la División de Tarifas de la CNEE, en la que el perito le hace consultas y solicita información sobre temas puntuales como "información sobre precios monómicos efectivos de compra de EEGSA" o sobre

789 Memorial de Contestación, párrs. 352 y 565.

790 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 116.

791 *Ibid.*, párr. 117.

792 Declaración de Testigo Carlos Bastos, 21 de septiembre de 2011 (en adelante ***Bastos***), **Apéndice CWS-1**, párr. 10.

793 *Ver* párrs. 393-396

794 Memorial de Réplica, párr. 138

795 *Ibid*, párr. 137.

los Estados Contables de EEGSA, para poder entender mejor el estudio tarifario bajo análisis[796]. TGH busca presentar estos intercambios de carácter técnico con un cariz negativo en su Réplica[797]. Los argumentos TGH ignoran la realidad del marco legal y distorsionan los hechos que rodearon la conformación de dicha Comisión Pericial.

386. De forma preliminar, debe reiterarse que la Comisión Pericial es un ente temporal y privado[798], con una mínima regulación en la LGE y el Reglamento[799]. Ni la LGE y el Reglamento establecieron para los miembros de la Comisión Pericial requisitos de independencia o imparcialidad. En base a ello fue que las partes aceptaron que los miembros de la Comisión Pericial, no serían independientes de las partes. Sin embargo, esta no es la razón principal de la LGE para limitar el radio de acción y las facultades de la Comisión Pericial a un rol de "peritos". La razón principal reside en que sus miembros no están sujetos a ninguna responsabilidad ante la sociedad por su accionar una vez que han concluido sus funciones. Es decir, emiten su pronunciamiento, cobran sus honorarios y allí termina su responsabilidad. Ello se contrapone claramente con la situación de los Directores de la CNEE, a quienes la LGE asigna facultades específicas y a tal fin les hace responsables personalmente por sus actos en el ejercicio de sus funciones[800]. En consecuencia, no resulta lógico que, tal como TGH propone[801], la Comisión Pericial pueda arrogarse facultades que la LGE le concede a la CNEE en exclusiva, precisamente en razón del cuidado proceso de selección y control de su Directorio que se establece en la LGE.

387. En defensa del argumento de "independencia e imparcialidad", y con el objetivo de criticar el intercambio de consultas entre el Ing. Riubrugent y la Ing. Peláez de la CNNE, TGH recurre al testimonio del Ing. Bastos, quien sostiene que como Presidente de la

796 *Ibid,* párr. 139-140.

797 *Ibid.*

798 Memorial de Contestación, párr. 210.

799 Al momento de la revisión tarifaria de EEGSA, la Comisión Pericial era mencionada dos veces en la LGE, (**Anexo R-8**, arts. 75 y 77) y una vez en el Reglamento (**Anexo R-36,** artículo 98).

800 LGE, **Anexo R-8**, artículo 5.

801 Memorial de Réplica, párr. 137.

Comisión Pericial, "había entendido" que los Sres. Giacchino y Riubrugent "[…] habían asumido [como miembros de la Comisión Pericial] una función distinta en el proceso de revisión tarifaria" y que "debían conducirse como peritos consultores independientes […]"[802]. En el mismo sentido, el Lic. Giacchino alega ahora que "[…] existía el acuerdo [entre los miembros de la Comisión Pericial] de que los miembros de dicha comisión podrían actuar en forma independiente y no entablarían comunicaciones separadas con EEGSA ni con la CNEE respecto de las deliberaciones o decisiones de la Comisión"[803]. Sin embargo el Lic. Giacchino y el Ing. Bastos omiten señalar cuál es la fuente de tal acuerdo. De la cuidada revisión de este argumento, surge que la única evidencia contemporánea que los Sres. Giacchino y Bastos ofrecen es un correo electrónico de 16 de junio de 2008 del Ing. Bastos a sus colegas los Sres. Giacchino y Riubrugent en la Comisión Pericial en la cual, según indica el Ing. Bastos "da por entendido que las partes tienen un rol como consultores y otro como "peritos" en la Comisión Pericial[804]. TGH fuerza el alcance de este mensaje y pretende inferir a partir de ello que las partes (es decir, la CNEE y EEGSA) habían acordado que el rol de los peritos en la Comisión Pericial sería "independiente e imparcial"[805]. En base a ello, TGH sostiene también en su Réplica que el Ing. Riubrugent no actuaba con imparcialidad en la Comisión Pericial, puesto que seguía en comunicación con la CNEE y cita para ello intercambios por correo electrónico entre el Ing. Riubrugent y la Ing. Marcela Peláez, de la División de Tarifas de la CNEE[806]. TGH señala – en supuesta contraposición – que el Lic. Giacchino "'durante el proceso de decisión de la Comisión Pericial, [se] distanci[ó] del equipo de Bates White que estaba plasmando los pronunciamientos de la comisión y [se] un[ió] a las decisiones de la Comisión Pericial a favor de la CNEE en varias cuestiones'"[807]. Finalmente, TGH también critica el hecho de que Sigla, la consultora de la CNEE encargada de la elaboración del estudio tarifario independiente, había "prepar[ado] un

802 *Ibid*, párr. 138; Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 11.

803 Memorial de Réplica, párr. 138; Giacchino Réplica, **Apéndice CWS-10**, párr. 23.

804 Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino de 16 de junio de 2008, **Anexo C-236**, pág 7. *Ver* sección V.E.6.a con respecto al rol de "peritos" de los miembros de la Comisión Pericial.

805 Memorial de Réplica, párr. 138

806 *Ibid*, párrs. 139-140.

807 *Ibid*, párr. 141.

Informe Adicional para él [Sr. Riubrugent]"[808] y que el mismo no se distribuyó a los demás miembros de la Comisión Pericial[809]. Una vez más, el análisis de EEGSA está plagado de graves inexactitudes y premisas equivocadas.

388. Primeramente, debe aclararse que los peritos de parte (los Sres. Giacchino y Riubrugent) jamás acordaron que limitarían sus contactos con las partes que les habían designado o que se consideraban "independientes e imparciales", tal como pretende TGH. Además de las afirmaciones del Ing. Bastos y el Lic. Giacchino preparadas para este arbitraje[810], no existe en el acervo documental ninguna evidencia contemporánea de que ello haya sido el caso. El texto del correo electrónico del Ing. Bastos a sus colegas en la Comisión Pericial de 16 de junio de 2008, en ningún momento pretende limitar las comunicaciones entre las partes o indicar que los peritos actuarían en forma "independiente o imparcial". El propio Bastos reconoce en dicho correo que ambos peritos (los Sres. Giacchino y Riubrugent) habían trabajado para las partes en relación con el estudio tarifario y destaca el "doble rol" que estos tenían en la Comisión Pericial[811]. La referencia a "doble rol" busca diferenciar el trabajo de consultor con el trabajo de perito de parte, pero ello de ninguna manera permite inferir que los Sres. Giacchino y Riubrugent acordaron limitar

808 *Ibid*, párr. 139; Informe Adicional de Sigla para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial de 27 de mayo de 2008, **Anexo C-494**.

809 Memorial de Réplica, párr. 139.

810 Bastos Réplica, **Apéndice CWS- 7** , párr 11-13; Giacchino Réplica, **Apéndice CWS- 10**, párr. 23-24.

811 El párrafo en cuestión dice:

> Veo que Uds. juegan un doble rol, por un lado como consultores involucrados, en el caso de Leonardo en la preparación del estudio y en el de Jean, como asistente de la CNEE en la formulación de observaciones. La actuación de Uds. en esos roles para mi está [cumplida] y sus opiniones vertidas en los distintos documentos. El otro rol es el que tienen como [obra] peritos integrantes de la Comisión que les va a exigir un nuevo pronunciamiento acerca de cada uno de los puntos en discusión, más allá de que sean estos nuevos pronunciamientos coincidentes o no con los documentos existentes. En ese sentido sería para mi importante contar en cada caso en particular con una presentación resumida de sus opiniones como peritos. Estas opiniones seria conveniente que me las vayan enviando a medida que vayamos tratando cada tema por lo cual, y ahora que lo pienso, deberían proponer también una agenda de temas a tratar y el tiempo que le podemos dedicar a cada uno.

Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino de 16 de junio de 2008, **Anexo C-236**. *Ver* sección V.E.6.a con respecto al rol de "peritos" de los miembros de la Comisión Pericial.

sus contactos con las partes o que se consideraban “independientes e imparciales”, algo que no era lógico entender, dado los antecedentes de los Sres. Giacchino y Riubrugent, y debió haberse aclarado específicamente de haber sido el caso. El intento oportunista de TGH de pretender presentar esta relación de otro modo carece de todo soporte.

389. En línea con ello, debe también aclararse que la CNEE y EEGSA jamás acordaron que no mantendrían comunicaciones unilaterales con sus peritos designados ni que estos serían considerados “independientes e imparciales”. TGH intenta basar este argumento (sin más) en el mencionado correo electrónico de 16 de junio de 2007 del Ing. Bastos[812]. Sin embargo, este correo electrónico no solo no dice lo que TGH le intenta hacer decir, tal como se explicó arriba, sino que además, no fue enviado a o consensuado con la CNEE o EEGSA.

390. La pretendida critica de TGH a la CNEE por comunicarse unilateralmente con el Ing. Riubrugent (a solicitud del perito) deja en evidencia el doble estándar de conducta que rige las alegaciones de TGH. Nótese que fue precisamente EEGSA la que durante el proceso de discusión de las reglas de funcionamiento se comunicó unilateralmente con el Ing. Bastos para hacerle llegar unas reglas de funcionamiento que ni siquiera habían sido acordadas entre las partes (ver abajo en párr.415)[813].

391. En conclusión, a tono con varias de las alegaciones de TGH en este arbitraje (y especialmente en lo referido a la conformación y funcionamiento de la Comisión Pericial), TGH no refiere a ninguna fuente primaria y directa para probar sus argumentos, en este caso, respecto de la supuesta independencia e imparcialidad de la Comisión Pericial y la no comunicación unilateral de las partes con sus peritos. Y es que pesar de los esfuerzos de TGH por ignorarles, las normas y documentos fundacionales que obligaron a la CNEE y a EEGSA en relación con la constitución y funcionamiento de la Comisión Pericial fueron:

- El artículo 75 de la LGE

812 Correo electrónico de C. Bastos a J. Riubrugent y L. Giacchino de 16 de junio de 2008, **Anexo C-236**.

813 Memorial de Contestación, párr 369-372.

- El artículo 98 del Reglamento
- La Resolución CNEE-96-2008, que mandó conformar la Comisión Pericial
- El Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial suscrita por los representantes de EEGSA y la CNEE

392. Como surge de su revisión, ninguno de los documentos arriba indicados contenía ningún requisito de imparcialidad o independencia para los miembros de la Comisión Pericial[814]. TGH ni siquiera provee evidencia de que la imparcialidad o independencia de los miembros de la Comisión Pericial haya sido siquiera discutida entre la CNEE y EEGSA. Y la razón para ello es que, tal como explica el Ing. Colom, dos cosas estuvieron claras para la CNEE al momento de constituir la Comisión Pericial:

(a) El pronunciamiento de la Comisión Pericial si bien sería importante para evaluar el estudio tarifario del consultor, no sería vinculante para la CNEE, que retenía las facultades respecto de la determinación de las tarifas que le asignaba la LGE[815], tal como se ha explicado más arriba; y

(b) Si bien la Comisión Pericial podría calificarse como un órgano técnico, no sería un órgano independiente ni imparcial[816].

393. La propia conformación de la Comisión Pericial mostró el entendimiento de la CNEE de su rol directriz en el proceso tarifario. Tal como explica el Ing. Colom, la CNEE jamás hubiera aceptado una Comisión Pericial con carácter vinculante que tuviera al Ing.

---

814 El artículo 98 bis del Reglamento fue incorporado al Reglamento en mayo de 2008 durante el proceso de selección de los miembros de la Comisión Pericial y sí recogió el carácter imparcial e independiente del Presidente de la Comisión Pericial. Este artículo no estaba en vigencia ni se aplicó a dicha revisión tarifaria. De haberse aplicado, el Ing. Bastos no podría haber fungido como Presidente de la Comisión Pericial, ya que la nueva norma excluyó la elegibilidad de cualquier candidato que hubiere tenido relación con empresas del sector eléctrico en los cinco años anteriores a su designación (tal cual había sido el caso del Ing. Bastos que trabajó con Iberdrola apenas seis meses antes de su designación en la Comisión Pericial). Acuerdo Gubernativo del MEM 145-2008, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-72**.

815 Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs 116, 120, 121 y 137; Memorial de Contestación, párrs 125(d), 126(c), 211-213, 501-509.

816 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr 121; Memorial de Contestación, párrs. 352 y 357.

Bastos entre sus integrantes[817], y obviamente, el Lic. Giacchino carecía de cualquier independencia e imparcialidad[818]. Tal como se explica a continuación, Bastos no aseguraba suficientemente imparcialidad y Giacchino no estaba en una situación equivalente a la del Ing. Riubrugent en términos de su interés en la aprobación de un estudio tarifario que el mismo había preparado.

394. Respecto del Ing. Bastos, hay que recordar que EEGSA era su cliente. Sólo seis meses antes de su designación en la Comisión Pericial, Bastos había preparado a solicitud de EEGSA un estudio sobre el Mercado Mayorista de Electricidad en Guatemala[819]. Su designación como Presidente de la Comisión Pericial, aun cuando la CNEE reconocía su experiencia en temas eléctricos, sólo se explica en el convencimiento de los Directores de la CNEE de que el pronunciamiento de dicha Comisión no tendría fuerza vinculante[820]. Respecto del Lic. Giacchino, es aún más evidente que tenía obvias motivaciones para lograr la aprobación del estudio tarifario que él mismo había preparado, a saber:

(a) tenía una cercana relación comercial con EEGSA, habiendo sido el consultor de EEGSA en la preparación de su estudio tarifario en 2003, además de haber sido repetido consultor de Iberdrola (operador de EEGSA), en las revisiones tarifarias para sus subsidiarias en Brasil y Bolivia[821];

(b) tenía un natural interés personal y profesional en convalidar la aplicación de su supuesto "criterio independiente" mediante el cual había ignorado aspectos críticos de la metodología establecida por la CNEE para la preparación de su estudio tarifario, lo cual había dado lugar a varias de las discrepancias sobre las que ahora le tocaba pronunciarse. Así sería juez y parte en su propia causa en violación de las más elementales premisas del debido proceso (*nemo judex in causa sua*); y

817 Colom I, **Apéndice RWS-1**, párr. 121.

818 Colom Dúplica, **RWS-4**, párr. 39.

819 Bastos, **Apéndice CWS-1**, párr 6.

820 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr 121.

821 Memorial de Contestación, párrs. 256 y 319.

(c) tenía una obligación contractual con EEGSA de "defender y velar por la aprobación" del estudio tarifario "hasta que el mismo sea aprobado por la CNEE"[822] (a pesar de que ahora intente argumentar que no firmó dicho contrato "en carácter personal" sino como miembro de Bates White[823]). ¿Cómo podría analizar de manera independiente un estudio que él mismo había preparado y con relación al cual había acordado "defender y velar por [su] aprobación?

395. Y en este sentido, vale destacar que son especialmente equívocas las alegaciones del Lic. Giacchino según las cuáles, en su carácter de miembro de la Comisión Pericial, emitió decisiones a favor de la CNEE, supuestamente probando su imparcialidad[824]. El Lic. Giacchino decidió a favor de la CNEE en 16 discrepancias, votando en contra en 56 oportunidades (el equivalente a un 80 por ciento de las votaciones efectuadas)[825]. Pero más importante aún, omite mencionar el Lic. Giacchino el hecho de que ninguno de sus 16 votos favorables a la CNEE sirvieron para alterar la balanza a favor de ésta[826], dado que en las 16 ocasiones en que votó a favor de la CNEE, la decisión en cuestión fue tomada en forma unánime; por tanto, los votos del Lic. Giacchino simplemente acompañaron decisiones de la Comisión Pericial a favor de la CNEE que de otro modo también hubieran sido favorables a la CNEE con una simple mayoría de los votos de los integrantes de la Comisión Pericial[827].

396. Es así evidente que no existía entre los Sres, Giacchino y Riubrugent una equivalencia de intereses respecto de la revisión del estudio tarifario que Bates White preparó para EEGSA. A pesar de que lógicamente entendía su rol de perito de parte, al Ing. Riubrugent la discusión de fondo le afectaba solo superficialmente, dada su

822 *Ibid*, párr. 422.

823 Memorial de Réplica, párr 141.

824 Giacchino , **Apéndice CWS-10**, párr 25

825 Transcripciones audiencia final Caso CIADI Nº ARB/09/5, **Anexo R-202**, Tr., Día Dos, Bastos, 548, 15:14:39; 549, 15:16:14. Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**.

826 *Ver* el cuadro titulado 'Decisiones Unánimes de la Comisión Pericial Respecto a Observaciones de la CNEE". Giacchino Complementaria, **Anexo R-151**, párr 35.

827 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 12 ("El pronunciamiento de la CP será adoptado por mayoría simple. El miembro en minoría podrá anexar un escrito en disidencia al pronunciamiento").

participación limitada en la preparación del estudio tarifario de Sigla[828] y la inexistencia de cualquier vínculo especial con la CNEE. Los Sres. Giacchino y Riubrugent también tenían un grado de conocimiento del estudio tarifario muy diferente. Mientras el Ing. Riubrugent tenía un conocimiento sólo parcial del estudio tarifario objeto de análisis y no contaba con apoyo propio para su función en la Comisión Pericial[829], el Lic. Giacchino, en cambio, había preparado el estudio tarifario de EEGSA respecto del cual la Comisión Pericial debía pronunciarse[830].

397. Las críticas de TGH a las comunicaciones entre la CNEE y el Ing. Riubrugent ignoran asimismo el hecho de que el propio Lic. Giacchino reconoció que contó con un equipo de soporte para su tarea como perito en la Comisión Pericial[831], admitiendo que tres consultores de su equipo en Bates White le asistieron durante su actuación en la Comisión Pericial. Obviamente, ninguna de estas personas había suscrito un contrato con la CNEE o EEGSA para actuar como "soporte de la Comisión Pericial" sino que seguían actuando como consultores (pagados) por de parte de EEGSA[832].

398. Respecto de la crítica de TGH del hecho de que Sigla, la consultora de la CNEE hubiere preparado un Informe de Soporte para asistir su tarea como perito en la Comisión Pericial, y que el mismo no se hubiere distribuido a los demás miembros de la Comisión Pericial[833], nuevamente TGH falta a la verdad en su caracterización de los hechos. Tal como explica el Ing. Colom, el Informe de Soporte fue previsto con el objetivo de

---

828 Memorial de Contestación, párr. 323.

829 *Ibid,* párr. 352

830 *Ibid,* párr. 256.

831 *Ver* nota al pie 832.

832 "Eh, sí, tenía dos -- en realidad no tenía a nadie tiempo por completo. Tenía dos o tres personas dependiendo del momento del tiempo que me ayudaban a armar la presentación en Power Point para los otros miembros, y también apoyo en la parte de ingeniería, porque no soy ingeniero, y había discusiones del tipo técnico para lo cual yo no estaba calificado para participar por mi cuenta en forma sola." "[…] me estaban proveyendo soporte en entender o en presentar información". "Lo que se hizo en Bates White es que se abrió una cuenta separada donde solamente mi persona o las personas que me daban el apoyo podían poner sus tiempos". Transcripciones audiencia final Caso CIADI Nº ARB/09/5, **Anexo R-202,** Tr., Día Dos, Bastos, 538, 15:02:16; 539, 15:03:34; 540, 15:04:41.

833 Memorial de Réplica, párr. 139; Informe Adicional de Sigla para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial de 27 de mayo de 2008, **Anexo C-494**.

mitigar el natural desbalance de conocimiento del estudio que podía existir entre los peritos de parte en la Comisión Pericial (ya que desde el principio de la revisión se preveía que el distribuidor designaría a su consultor en una eventual Comisión Pericial)[834]. Y agrega el Ing. Colom que tan razonable era que el perito de la CNEE contara con este soporte que en ningún momento se escondió su existencia[835]. El Informe de Soporte fue previsto por primera vez en julio de 2007 en las Bases de Licitación para la contratación del consultor de la CNEE, aprobadas por el Acuerdo CNEE 116-2007, donde se estableció que el consultor debería proporcionar "apoyo al representante de la CNEE ante la Comisión Pericial"[836]. Asimismo, el propio Contrato No. 11-189-2007 de consultoría entre la CNEE-Sigla, estipuló claramente en la Cláusula 5.1. que el consultor deberá "elaborar un informe de soporte para el representante de la CNEE ante la Comisión Pericial"[837]. Siendo que tanto el Acuerdo CNEE 116-2007 como el Contrato No. 11-189-2007 entre la CNEE y Sigla/Electrotek, son documentos públicos, EEGSA no puede alegar que desconocía que el perito de la CNEE contaría con este informe. Como es lógico, ni la CNEE ni el Ing. Riubrugent (como perito de parte) tenían obligación alguna de discutir este documento con los demás miembros de la Comisión Pericial o con EEGSA.

399. En consecuencia, resulta claro que la Comisión Pericial se constituyó como un órgano temporal y privado, y que las designaciones de los peritos en ningún momento contemplaron la independencia o imparcialidad de dichos peritos. Tampoco se previó limitar las comunicaciones entre los peritos de parte con la CNEE o EEGSA, algo que

---

834 Colom Dúplica, **RWS-4**, párr. 42.

835 *Ibid.*

836 Acuerdo CNEE-116-2007, 27 de julio de 2007, **Anexo R-40**, pág. 31, punto 8.

837 Contrato No. 11-189-2007 entre la CNEE y Sigla, 12 de noviembre de 2007, **Anexo C-132**, cláusula 5.1:

> **5.1 Informe de soporte para el representante de la CNEE ante la Comisión Pericial**: La Consutlora Especializada elaborará un informe ejecutivo sobre la base de los informes de los resultados finales del cálculo del ECC y EVAD. Asimismo, elaborará un informe de soporte para el representante de la CNEE ante la Comisión Pericial. Dicho informe contendrá los antecedentes, análisis de los resultados, análisis comparativos que permitan identificar las diferencias relevantes entre los Estudios del ECC y EVAD propuesto por las empresas distribuidoras y los análisis y/o Estudios de la CNEE.

por otra parte, hubiera sido ilógico bajo las circunstancias. Ello era enteramente consistente con el carácter de órgano consultivo técnico que la LGE previó para la Comisión Pericial[838], cuestión que fue confirmada por la Corte de Constitucionalidad[839].

c. Modificación del artículo 98 bis

400. Guatemala explicó en su Contestación que en mayo de 2008, una vez que la CNEE y EEGSA habían designado a sus respectivos representantes en la Comisión Pericial, las partes debían ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer perito que presidiría la Comisión Pericial[840]. Tal como explicó Guatemala, las partes no pudieron lograr un acuerdo sobre el tercer integrante y se hizo evidente que existía una laguna en el Reglamento (que era la primera vez que se aplicaba en el contexto de la Comisión Pericial) que hacía que si las partes no acordaban sobre el tercer miembro de la Comisión Pericial, el procedimiento quedaba bloqueado indefinidamente[841]. El Ing. Colom explicó en su declaración que la CNEE decidió proponer una modificación al Reglamento, incorporando el artículo 98 bis, de acuerdo al cual, las partes debían intentar acordar en un tercer perito en un plazo de tres días, luego del cual, el MEM designaría dicho perito de entre los candidatos ofrecidos por cada parte[842]. El Ing. Colom explicó en su declaración que la reforma buscó llenar el vacío legal del Reglamento y respondió a la preocupación de la CNEE de poder seguir adelante con la revisión tarifaria y contar con un pliego tarifario en debido tiempo[843]. Sin embargo, tal

838 LGE, **Anexo R-8**, artículo 75.

839 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág 17.; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs..

840 Memorial de Contestación, párr. 353.

841 *Ibid*, párrs. 353-354; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 119.

842 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 119.

843 *Ibid*. Según esta reforma, para el nombramiento del tercer integrante de la Comisión Pericial, tanto la CNEE como el distribuidor deben proponer tres candidatos, quienes deben cumplir con los requisitos de ser especialistas en la materia eléctrica y de reconocido prestigio, y no deben haber tenido, durante los últimos cinco años, ninguna relación con entidades o empresas del sector eléctrico en Guatemala. Si al cabo de tres días de presentados los candidatos, las partes no se ponen de acuerdo sobre uno de ellos, corresponde al MEM seleccionarlo de entre los propuestos por las partes. Esta medida garantiza cierto grado de colaboración y cooperación con el proceso y evitaría eventuales maniobras que pudieran frenar el avance del proceso, además de garantizar que los candidatos a tercer miembro fueran independientes y cumplirían con los requisitos mínimos de idoneidad y experiencia para cumplir con la tarea que se les encomendaba.

como explicó el Ing. Colom, EEGSA rechazó esta solución y la CNEE aceptó no aplicar el artículo 98 bis a la revisión en curso[844]. En cualquier caso, el artículo 98 bis perdió toda relevancia ya que las partes lograron al poco tiempo llegar a un acuerdo respecto del tercer integrante de la Comisión Pericial al nombrar al Ing. Carlos Bastos[845].

401. Si bien TGH ha reconocido expresamente que el artículo 98 bis no se le aplicó a EEGSA[846], en sus presentaciones escritas insiste en destacar este punto, con el claro objetivo de intentar confundir al Tribunal y desviar la atención de la discusión relevante en este caso. En su Réplica, TGH alega, a través de su experto Alegría, que "no existía ninguna 'laguna' en el [Reglamento]; según el Prof. Alegría, si la CNEE y el distribuidor no lograban arribar a un acuerdo respecto del tercer integrante de la Comisión Pericial, la CNEE no habría podido publicar los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor, y simplemente habrían continuado siendo aplicables los pliegos anteriores, con los ajustes correspondientes, de conformidad con el artículo 78 de la LGE y el artículo 99 del Reglamento"[847]. TGH luego indica que el argumento de Guatemala de que el proceso podría quedar "bloqueado indefinidamente" por la falta de constitución de una Comisión Pericial sería inconsistente con la posición de Guatemala de que las decisiones de la Comisión Pericial no son vinculantes y "no tienen efecto alguno sobre los actos de la CNEE relacionados con la fijación de los pliegos tarifarios del distribuidor"[848]. Ello pues, según TGH, iría en contra del argumento de Guatemala según el cual la CNEE habría tenido en cualquier caso la discreción de proceder a fijar los pliegos tarifarios del distribuidor en forma unilateral. Los argumentos de TGH representan en forma equívoca la posición de Guatemala y son evidentemente incorrectos.

402. Por un lado, es claro que sí existía una laguna en el Reglamento ya que ante la falta de acuerdo entre las partes respecto del nombramiento del tercer miembro de la Comisión

844 Memorial de Demanda, párr. 135; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 121.

845 Memorial de Contestación, párr 355.

846 *Ibid*, párr. 354; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 119.

847 Memorial de Réplica, párr. 142; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 66.

848 Memorial de Réplica, párr. 135.

Pericial, el proceso de revisión tarifaria quedaba efectivamente bloqueado – TGH o su experto no cuestionan este punto. La solución que propone el experto Alegría (que se sigan aplicando los pliegos de la revisión anterior[849]) no puede ser seriamente considerada, ya que hubiere desvirtuado totalmente el proceso de revisión tarifaria que para el momento de la constitución de la Comisión Pericial ya llevaba más de un año de trabajo. Tal como explica el Lic. Aguilar[850], ni en la LGE ni en el Reglamento se estableció una solución para la eventualidad de que las partes no pudieran acordar el nombramiento del tercer perito. También explica el Lic. Aguilar que es claro que la aplicación indefinida de los pliegos anteriores sobre la base del artículo 78 de la LGE y el artículo 99 del Reglamento jamás puede dar respuesta a dicho problema (y el Lic. Alegría no provee ninguna evidencia de que ello haya sido la intención del legislador), puesto que tales normas solo proveen una solución transitoria prevista por la LGE para situaciones de emergencia (por ejemplo, si la CNEE incumple con su obligación legal de publicar el pliego a tiempo)[851]. La razón para ello, tal como explica el Lic. Aguilar[852], es que la misma produce un resultado no deseado por la LGE: la aplicación de modo indefinido de tarifas no eficientes[853], lo cual puede resultar en perjuicio de los consumidores[854]. En dicho contexto, tal como explica el Lic. Aguilar, la referencia de TGH a los artículos 78 de la LGE y al artículo 99 del Reglamento es simplemente incorrecta en el contexto del proceso de nombramiento del tercer integrante de la Comisión Pericial[855].

---

849 *Ibid*, párr. 94; Alegría Réplica, **Apéndice CER-3**, párr. 49.

850 Aguilar, **Apéndice RER-3**, párr. 44; Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párr. 59.

851 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párr. 60.

852 *Ibid*, párr. 60; RLGE, **Anexo R-36**, art. 99.

853 La LGE y el Reglamento establecen en varias de sus disposiciones que el plazo de vigencia del pliego tarifario es de cinco años (*ver* más abajo en párr. 478). La razón principal para ello es que bajo el principio de eficiencia que impulsa a la LGE se exige que la tarifa refleje el costo real y actual del sistema ("tarifas eficientes"). Cumplidos los cinco años, las tarifas dejan de ser "eficientes" y es necesario llevar a cabo una nueva revisión tarifaria a fin de actualizarles. La aplicación indefinida de una pliego tarifario más allá de los cinco años iría así en contra del principio de empresa eficiente que busca la LGE.

854 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párr. 60.

855 *Ibid*, párrs. 59, 60.

403. Con respecto a la supuesta contradicción que acusa TGH entre el argumento de que la falta de nombramiento del tercer perito hubiere bloqueado el proceso de revisión y las potestades acordadas por la LGE a la CNEE[856], TGH malinterpreta la posición de Guatemala. Bajo la LGE, la CNEE tiene la obligación de "cumplir y hacer cumplir la ley"[857], y ello incluye, tal como explica el Lic. Aguilar, su obligación de que se cumpla con el proceso establecido en la LGE para la revisión tarifaria[858]. Dicho proceso prevé en su artículo 75 que, en el caso de que existan discrepancias entre el distribuidor y la CNEE, se conforme una Comisión Pericial para que se pronuncie sobre dichas discrepancias[859]. Tal como explica el Lic. Aguilar, la CNEE no podría obviar este trámite (por ejemplo, porque las partes no se ponían de acuerdo sobre el nombramiento del tercer perito), y proceder a dictar las tarifas directamente[860]. Guatemala jamás ha sostenido que la Comisión Pericial no sea una "parte necesaria" del proceso de revisión tarifaria, como sugiere TGH[861]. Por el contrario, tal como explica el Ing. Colom, ante el surgimiento de discrepancias, la CNEE debe asegurar que la Comisión Pericial se conforme y emita su pronunciamiento, el cual es luego considerado por la CNEE al dictar el pliego tarifario[862]. La Corte de Constitucionalidad ha destacado la importancia de cumplir con cada uno de los pasos del proceso de revisión establecidos en la LGE y el Reglamento, confirmando que la CNEE se ajustó a dicho proceso durante la revisión tarifaria de EEGSA y reconociendo las facultades rectoras de la CNEE en el mismo[863]. Así, es claro que no existe ninguna contradicción en la posición de Guatemala: la Comisión Pericial debe constituirse si surgen discrepancias, y ello en nada afecta las facultades de la CNEE.

---

856 Memorial de Réplica, párr. 143.

857 LGE, **Anexo R-8**, art. 4.

858 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párrs. 25, 60.

859 LGE, **Anexo R-8**, art. 75.

860 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6,** párr. 60.

861 Memorial de Réplica, párr. 143.

862 Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 45-47.

863 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, **Anexo R-105**, págs. 6, 16-17, 22-24, 32; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 8, 22-24, 31-34.

404. En cualquier caso, debe nuevamente recordarse que la referencia de TGH al artículo 98 bis simplemente busca hacer "ruido" en este arbitraje. TGH misma acepta que dicha reforma nunca fue aplicado a EEGSA, por lo que quejas al respecto no solamente son infundadas, sino también son irrelevantes en este proceso[864].

7. Las reglas de funcionamiento no llegaron a ser acordadas por la CNEE y EEGSA

a. Las negociaciones entre la CNEE y EEGSA para acordar las reglas de funcionamiento no resultaron en un acuerdo por la negativa de la CNEE a ceder sus facultades esenciales a la Comisión Pericial

405. Como lo ha explicado ya Guatemala en su Contestación, en paralelo con el proceso de constitución de la Comisión Pericial, las partes discutieron la posibilidad de adoptar un conjunto de reglas administrativas para ordenar el funcionamiento de la Comisión Pericial a constituirse[865]. El objetivo de las mismas sería establecer cómo la Comisión Pericial debía llevar a cabo sus tareas, dado que era la primera vez en la historia de la CNEE y la LGE que se conformaba dicha Comisión y no existía antecedentes para guiar su funcionamiento[866]. Entre el 14 y el 28 de mayo de 2008, la CNEE y EEGSA celebraron varias reuniones con el fin, entre otros, de intentar llegar a un acuerdo sobre las reglas. Guatemala explicó que en el primer intercambio escrito sobre este tema, el 14 de mayo de 2008 la CNEE le envió a EEGSA una propuesta de reglamento de aplicación general, el cual preveía que una de las funciones de la Comisión Pericial era la de "pronunciarse sobre las discrepancias", y que en su primer y último artículo explicitaba el carácter no vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial[867]. EEGSA se opuso a esta propuesta de reglamento[868] y sugirió intentar acordar ciertas reglas específicas, en lugar de un reglamento general, a lo cual la CNEE accedió[869]. En

---

864 Memorial de Réplica, párr. 133.

865 Memorial de Contestación, párr. 358.

866 *Ibid*.

867 Memorial de Contestación, párr. 360. Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando la propuesta del Reglamento de la Comisión Pericial, 14 de mayo de 2008, **Anexo R-70**.

868 Memorial de Réplica, párr. 145; Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 30; Maté Réplica, Apéndice **CWS-12**, párr. 21.

869 Memorial de Contestación, párr. 361

una reunión celebrada el 19 de mayo de 2008, el Lic. Calleja entregó una copia de la propuesta de reglas presentada por EEGSA[870], en la que se mencionaba que la Comisión Pericial estaría a cargo de la "resolución de disputas" y que dictaría una "Sentencia"[871]. La CNEE rechazó dicha propuesta ya que contrariaba la LGE y el Reglamento, que disponían que la Comisión Pericial tenía por misión pronunciarse sobre las discrepancias y no era un tribunal o un órgano que resolviera disputas. EEGSA aceptó eliminar el término, el cual no volvió a aparecer en las distintas versiones circuladas entre las partes[872].

406. Además, esta propuesta presentada por EEGSA el 19 de mayo fue la primera que incluyó la que más tarde sería identificada como regla 12, que establecía que una vez que la Comisión Pericial emitiera su pronunciamiento, Bates White habría de corregir el estudio tarifario conforme dicho pronunciamiento para luego remitirlo a la Comisión Pericial, a fin de que ésta lo revisara y confirmara si, de acuerdo a su criterio, dicho estudio corregido recogía fielmente el fondo del pronunciamiento[873]. Tal como explicó Guatemala, la CNEE rechazó de forma sistemática esta regla dado que la misma afectaba facultades esenciales de la CNEE y violentaba el procedimiento establecido en la LGE y el Reglamento, que no preveían ningún acto o función adicional para la Comisión Pericial luego de su pronunciamiento sobre las discrepancias[874].

407. Guatemala explicó que luego de las reuniones entre la CNEE y EEGSA era habitual que el Ing. Melvin Quijivix, como secretario de las reuniones (tal como lo acepta TGH[875]), circulara los borradores del "*work in progress*" de las reglas en discusión (incluyendo

---

870 Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-73**, reglas 8, 12 y 13; Colom, **Apéndice RWS-1**, párrs. 125 y 126.

871 *Ibid*.

872 Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Operación de la Comisión Pericial, 21 de mayo de 2008, **Anexo R-74**, Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 23 de mayo de 2008, **Anexo R-75**; Correo electrónico de Miguel Francisco Calleja a Leonardo Giacchino, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-77**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 126.

873 Reglas Propuestas para la Comisión Pericial, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-73**, regla 14.

874 Memorial de Contestación, párr. 359.

875 Memorial de Demanda, párr. 137.

los borradores de 15, 21, 23 y 28 de mayo de 2008) reflejando el estado de las discusiones que estaban teniendo lugar entre las partes[876]. El borrador de 28 de mayo que el Ing. Quijivix le envió al Lic. Calleja, fue el último documento sobre el que las partes intentaron llegar a dicho acuerdo, sin éxito. Guatemala explicó que a pesar de la falta de acuerdo entre las partes sobre todas las reglas, el 2 de junio de 2008, el Lic. Calleja reenvió al presidente de la Comisión Pericial, Ing. Bastos –a espaldas de la CNEE, sin notificar o copiar a ésta– el correo electrónico con el borrador en discusión que el Ing. Quijivix había enviado a EEGSA el 28 de mayo[877]. En su email, el Lic. Calleja presentó al Ing. Bastos tales reglas como si las mismas hubiesen sido el resultado de un acuerdo oficial entre la CNEE y EEGSA[878], lo cual era falso.

408. En su Réplica, TGH indica, con respecto al hecho de que EEGSA hubiere aceptado eliminar el término "sentencia" y "resolución de disputas" de los sucesivos borradores y comunicaciones, que "[s]i bien EEGSA acordó reemplazar el término 'sentencia' por 'pronunciamiento' de manera tal de incorporar el lenguaje exacto del artículo 75 de la LGE en las reglas operativas, un 'pronunciamiento', tal como se utiliza ese término en el artículo 75 de la LGE, es vinculante"[879]. TGH también vuelve a alegar el supuesto carácter obligatorio que tenían para la CNEE las reglas de funcionamiento para la operación de la Comisión Pericial. En particular, TGH refiere al borrador de las reglas en discusión circulado el 15 de mayo de 2008 por el Ing. Quijivix en carácter de secretario de las reuniones[880]. TGH sostiene, con cita a los Sres. Calleja y Maté, que la

876 Memorial de Contestación, párr. 365. Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja a la CNEE, adjuntando las reglas propuestas por la CNEE, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-181**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Operación de la Comisión Pericial, 21 de mayo de 2008, **Anexo R-74**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 23 de mayo de 2008, **Anexo R-75**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-76** (este correo luego fue reenviado por M. Calleja a G. Pérez).

877 Memorial de Contestación, párr. 369.

878 Correo electrónico de Miguel Francisco Calleja a Carlos Bastos, 2 de junio de 2008, **Anexo R-79**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 132. *Ver* Memorial de Contestación, párr. 369.

879 Memorial de Réplica, párr. 146.

880 Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, propuesta de Reglamento de la Comisión Pericial, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-181**.

regla 3 de dicho borrador, que establecía que "[l]a CP dictaminará sobre las discrepancias y el consultor de la Distribuidora será quien haga el recálculo del Estudio, debiendo apegarse al estricto cumplimiento de lo resuelto por la CP, lo entregue a la CNEE, ésta revisará la integración del fallo de la [CP] y aprobará el Estudio Tarifario"[881], es evidencia de "que la CNEE entendía que la decisión de la Comisión Pericial sería vinculante para las partes"[882]. Finalmente, TGH persiste en insistir en que la CNEE y EEGSA habrían llegado a un acuerdo verbal con respecto a la regla 12 incluida en el borrador de 28 de mayo de 2008, el cual fue luego comunicado al Ing. Bastos en una llamada telefónica conjunta entre el Ing. Quijivix y el Lic. Calleja[883]. Como se indica a continuación, las alegaciones de TGH respecto a las discusiones y el entendimiento de las partes respecto de las reglas de funcionamiento son erróneas.

409. De forma preliminar, debe quedar claro que las reglas de funcionamiento nunca pasaron de ser una propuesta discutida (pero no aprobada) a través del intercambio de varios borradores entre las partes[884]. TGH lo sabe y no presenta ninguna constancia de acuerdo entre las partes. Los intentos de TGH de dar a los varios correos del Ing. Quijivix[885] el carácter de un acuerdo entre las partes sobre su contenido son evidentemente forzados y no reflejan la manera natural de proceder entre la CNEE y EEGSA durante el proceso de revisión tarifaria y los 10 años de relación regulatoria que le habían precedido. Tal como confirma el Ing. Colom[886], el contenido de esos correos sólo representaba el estado de las discusiones de cada día, las cuales el Ing. Quijivix recogía en su carácter de "secretario" de las reuniones. Es decir, el contenido de dichos correos de ninguna

881 Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, de 15 de mayo de 2008, Regla 3, **Anexo R-181**.

882 Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 22.

883 Memorial de Réplica, párr. 147.

884 Memorial de Contestación, párr. 366-368.

885 Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Operación de la Comisión Pericial, 21 de mayo de 2008, **Anexo R-74**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 23 de mayo de 2008, **Anexo R-75**; Correo electrónico de Melvin Quijivix a Luis Maté y Miguel Francisco Calleja, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-76** (este correo luego fue reenviado por M. Calleja a G. Pérez).

886 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 125; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 60.

manera representaba el acuerdo de la CNEE con lo discutido en estas discusiones, sino que se trataba de una negociación en progreso. El Ing. Colom explica que para ser válido, un acuerdo de este tipo debía ser aprobado formalmente por la CNEE, algo que EEGSA conocía perfectamente por su experiencia de tantos años tratando con la CNEE, que le habían acostumbrado a este formalismo en los procedimientos[887]. En tal sentido, una simple revisión de los intercambios entre las partes alcanza para reconocer que los mismos jamás podían representar un "acuerdo" entre la CNEE y EEGSA: se trata de un conjunto de reglas que van cambiando de una versión a la otra, y que no contienen ninguna manifestación de las partes respecto a su aplicación o no[888].

410. En relación con el argumento de TGH que indica que el cambio del término "sentencia" por "pronunciamiento" no importó un reconocimiento del carácter no vinculante del dictamen de la Comisión Pericial[889], ello se contradice con el contexto en el cual tuvo lugar dicho cambio. Pocos días antes (el 14 de mayo de 2008), como se indicó, la CNEE había enviado a EEGSA un proyecto de Reglamento, en el que se dejaba en claro el carácter no vinculante que para la CNEE tendría el pronunciamiento de la Comisión Pericial, recogiendo en forma textual los límites del texto del artículo 75 de la LGE[890], lo cual evidentemente requería este cambio en la denominación del dictamen de la Comisión Pericial. Ello es asimismo enteramente consistente con la interpretación del

887 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 129; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 64.

888 *Ver* párrafo 237 abajo.

889 Memorial de Réplica, párr. 146.

890 Memorial de Contestación, párr. 360. Correo electrónico de Melvin Quijivix a Miguel Francisco Calleja, adjuntando la propuesta del Reglamento de la Comisión Pericial, 14 de mayo de 2008, **Anexo R-70.** Se dijo en este proyecto de Reglamento:

> **Articulo 1.** De la naturaleza y funciones. La Comisión Pericial es un órgano creado en los Artículos 75 y 77 de la Ley General de Electricidad, y 98 del Reglamento de la Ley, con competencia acotada, integrado por tres profesionales expertos, cuya función es **pronunciarse**, mediante dictámenes de efecto no vinculante, sobre aquellas discrepancias y conflictos que se susciten con motivo de la revisión de los Estudios Tarifarios Quinquenales. […].
>
> **Artículo 17.** Los dictámenes de la Comisión Pericial no son vinculantes para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá a su **respecto**, ninguna clase de recursos […] .

(Énfasis añadido)

alcance del "pronunciamiento" de la Comisión "Pericial" que la Corte de Constitucionalidad ha establecido. Y es que por mucho que insista en reiterar su argumento respecto del supuesto carácter vinculante del "pronunciamiento" en distintas partes de su presentación, no puede TGH obviar el hecho de que tal argumento, no solo es contrario al texto y contexto del artículo 75 de la LGE, sino que además ha sido rechazado expresamente por el máximo tribunal guatemalteco de interpretación de la ley.

411. De igual manera, el intento de TGH de presentar el texto de la regla 3 del borrador del día 15 de mayo como una aceptación tácita por parte de la CNEE del carácter vinculante del pronunciamiento de la Comisión Pericial no es serio[891]. Como se explicó, el documento de 15 de mayo era un borrador reflejando no un acuerdo sino las discusiones del día, que además fue seguido por al menos tres borradores más (21, 23 y 28 de mayo de 2008), ninguno de los cuáles registró la regla 3 en los términos del borrador de 15 de mayo[892]. Pero además, el texto de la regla 3 del borrador de 15 de mayo jamás hace mención –como pretende TGH[893]- al supuesto carácter vinculante del pronunciamiento sino que refiere a la posibilidad –finalmente rechazada- de que el consultor del distribuidor incorpore el pronunciamiento al estudio del distribuidor para luego enviarlo para su estudio por la CNEE[894]. Más aún, el día inmediatamente anterior a que se circulara este borrador reflejando las discusiones del día (es decir, el 14 de mayo) la propia CNEE había circulado un proyecto de Reglamento que en dos de sus 17 artículos dejaba claro que la CNEE consideraba el pronunciamiento como no vinculante[895]. Es claro así que aun si el borrador de 15 de mayo reflejara un acuerdo de la CNEE (que obviamente no lo hace), la regla 3 de dicho acuerdo jamás podría ser entendida como avalando la postura de que el pronunciamiento de la Comisión Pericial es vinculante.

---

891 Memorial de Réplica, párr. 145.

892 Memorial de Contestación, párr. 365..

893 Memorial de Réplica, párr. 145.

894 Correo electrónico de M. Quijivix a M. Calleja, propuesta de Reglamento de la Comisión Pericial, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-181**.

895 Memorial de Contestación, párr. 360.

412. Tal como lo confirma el Ing. Colom, todos los borradores de reglas circulados por el Ing. Quijivix desde el 14 de mayo hasta el último borrador de 28 de mayo, son típicos documentos "*work in progress*", los cuales tenían un formato muy similar, y solo reflejaban leves cambios en las discusiones luego de cada reunión, pero sin que exista ninguna evidencia de acuerdo al respecto[896]. El Ing. Colom explica que su entendimiento siempre fue que si la CNEE y EEGSA lograban llegar a un acuerdo en relación con las reglas, el mismo se registraría formalmente en el acta notarial de constitución de la Comisión Pericial a suscribirse[897]. Tal como indica el Ing. Colom, EEGSA sabía perfectamente que un acuerdo de este tipo sería refrendado por los Directores de la CNEE (quienes estaban negociando personalmente las reglas de funcionamiento), y no por el Ing. Quijivix[898]. Es totalmente ilógico sugerir que en ése punto de la relación entre la CNEE y EEGSA (en particular, considerando las sospechas que la irregular conducta de EEGSA durante la revisión tarifaria había generado en la CNEE) las partes pudieran hacer un acuerdo "verbal" sobre las reglas de funcionamiento, como pretende falsamente TGH en su Réplica.

413. Es por ello también que el intento de TGH de presentar el último email enviado por el Ing. Quijivix el 28 de mayo –que incluía la llamada regla 12– como un acuerdo final entre las partes no puede ser seriamente considerado[899]. No sólo el Ing. Quijivix no estaba facultado para suscribir ningún acuerdo al respecto[900], sino que dicho borrador todavía incluye dos veces la palabra "propuestas" –en el asunto y en el cuerpo del

---

896 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 60. Los borradores circulados entre las partes de los cuales TGH intenta prevalerse no prueban ningún acuerdo. Incluso, si bien el Ing. Quijivix no es abogado, nótese que el texto de estos intercambios refiere a las reglas como "Propuestas" en el encabezado lo cual evidentemente no significa "versión final acordada". Además, en el "Asunto" de los correos de 21 y 28 de mayo se incluyó específicamente el término "Propuestas" y, por otro lado, esa línea "Asunto" de los correos incluyó algunos cambios en cada envío, lo que indica que el Ing. Quijivix no se limitó a "reenviar" o "responder" un correo anterior, sino que mecanografió nuevamente el texto del asunto, incluyendo el término "Propuestas". *Ver* el análisis detallado de estos borradores en el Memorial de Contestación, párrs. 366-367.

897 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 64.

898 *Ibid*, párr. 64.

899 Memorial de Demanda, párr. 137; Memorial de Réplica, párr. 147.

900 Dicha tarea le corresponde con exclusividad al Directorio (*ver* LGE, **Anexo R-8**, artículo 5).

email– reflejando que las partes seguían discutiendo el contenido[901]. Si bien, tal como se indicó, un acuerdo de este tipo para ser válido debía ser formalmente documentado, aun asumiendo -para fines argumentativos- que la intención del Ing. Quijivix hubiere sido, como pretende TGH, que este email fuera la culminación del proceso de negociación en torno a la regla 12 o una "versión final acordada"[902], es claro que ello se hubiera indicado en el email, o que EEGSA al menos hubiera respondido al Ing. Quijivix haciendo referencia a dicho acuerdo. Nada de ello sucedió[903].

414. Lo cierto es que, con respecto a la llamada regla 12, las partes nunca llegaron a un acuerdo, habiendo rechazado su primera inclusión en el borrador de EEGSA de 19 de mayo de 2008, hecho reconocido por TGH[904]. Como se explicó, dicho rechazo de la regla 12 resultaba lógico ya que aceptar que la Comisión Pericial revisara el estudio supuestamente corregido por el distribuidor y confirmara si se ajustaba a su pronunciamiento, hubiera significado invertir los roles de la CNEE y la Comisión Pericial en relación con la autoridad para fijar las tarifas (autoridad, se reitera, que la CNEE ejercía, entre otros, mediante la revisión y aprobación de los estudios tarifarios del distribuidor). Tal como la Corte de Constitucionalidad ha confirmado, "[p]retender que la Comisión Pericial pudiera tener una función dirimente de un conflicto y reconocerle competencia para emitir una decisión vinculante, es contrario al decantado principio de legalidad que es característico del Estado de Derecho […] atenidos estrictamente a 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 […]"[905].

415. Como Guatemala explicó, a pesar de la falta de acuerdo respecto de las reglas de funcionamiento, el Lic. Calleja envió al Ing. Bastos la versión escrita de las reglas de

---

901 Correo electrónico de Miguel Francisco Calleja a Leonardo Giacchino, adjuntando las Reglas Operativas Propuestas para la Comisión Pericial, 28 de mayo de 2008, **Anexo R-77**.

902 Memorial de Réplica, párr. 147.

903 Memorial de Contestación, párr. 368.

904 Memorial de Demanda, párr. 129.

905 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 29.

funcionamiento a espaldas de la CNEE[906]. Para intentar cubrir tamaña irregularidad de procedimiento, el testigo Lic. Calleja indicó en su declaración original en este arbitraje que luego de enviado el correo al Ing. Bastos "procedí a informarle al Sr. Quijivix que así lo había hecho"[907]. Ello es falso, tal como lo confirma el Ing. Colom[908], de haber ocurrido, hubiere sido informado inmediatamente de ello por el Ing. Quijivix. Nótese que el Lic. Calleja sigue sin explicar de qué manera tuvo lugar ese contacto, ni acompañar ninguna constancia del mismo[909]. Asimismo, a pesar de que Guatemala destacó en su Contestación que el Lic. Calleja omitió referir a esta supuesta comunicación con el Ing. Quijivix en su declaración testimonial en el caso *Iberdrola*[910], el Lic. Calleja sigue sin explicar la causa para dicha omisión.

416. Guatemala explicó en su Contestación que, pocos días después de la última reunión con EEGSA de 28 de mayo, ignorando la irregular acción unilateral del Lic. Calleja, la CNEE aceptó sostener una llamada conjunta con EEGSA y el Ing. Bastos para discutir cuestiones administrativas del procedimiento[911]. En esa discusión, el Ing. Quijivix y el Lic. Calleja mencionaron al Ing. Bastos aquellas reglas de funcionamiento que habían sido discutidas[912], dado que, como afirma el Ing. Colom, las mismas podían ser de utilidad a la Comisión Pericial[913]. Sin embargo, al contrario de lo que alega TGH, no se le representó al Ing. Bastos que existiera un acuerdo sobre la regla 12[914].

417. Es notable que TGH insista en intentar presentar un supuesto acuerdo entre EEGSA y la CNEE sobre la base de supuestas conversaciones, correos electrónicos con versiones

---

906 Memorial de Contestacion, párr. 383.

907 Calleja, **Apéndice CWS-3**, párr. 42.

908 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 132.

909 Memorial de Contestación, párr. 369; Calleja, **Apéndice CWS-3**, párr. 42.

910 Memorial de Contestación, párr. 369.

911 *Ibid*, párr. 370.

912 Las reglas 1 a 11 de las reglas de funcionamiento incorporaban cuestiones de procedimiento enteramente consistentes con las estipulaciones de la LGE y el Reglamento.

913 Colom , **Apéndice RWS-1**, párr.131.

914 Memorial de Réplica, párr. 152; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 131; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4,** párr. 63.

work in progress y supuestos entendimientos manifestados en este arbitraje pero que no fueron expresados por escrito en su momento. Tal soporte sería insuficiente en una negociación entre partes privadas, pero más aún lo es en un escenario que involucra a una entidad pública como la CNEE, y especialmente considerando que EEGSA y sus abogados tenían para 2008 más de diez años tratando con el ente regulador. Tal como Guatemala ha explicado, EEGSA sabía entonces que la CNEE no funciona ni toma sus decisiones en la manera en que lo hace un ente privado, sino que está regida por precisas normas de derecho público[915]. El principio de publicidad de los actos que regula el actuar de los entes administrativos en Guatemala establece que la CNEE sólo exterioriza su voluntad mediante resoluciones oficiales (o mediante actas oficiales basadas en una resolución) suscritas por sus directores y con debido fundamento[916]. Así, EEGSA sabía que cualquier acuerdo con la CNEE sobre unas reglas de funcionamiento debería ser formalizado por una resolución formal o por directa referencia a ella, para tener validez jurídica, especialmente en un tema de tanta relevancia. En su relato de los hechos, TGH convenientemente omite este punto central y por qué motivo no existió un acuerdo expreso entre las partes recogido en el Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial o en una resolución oficial de la CNEE.

b. El acervo documental confirma que las partes no consideraron que existiere acuerdo sobre las reglas de funcionamiento

418. En su intento por establecer una supuesta aceptación de la CNEE de las reglas de funcionamiento, TGH vuelve a referir en su Réplica a que "el Ing. Bastos se refirió específicamente a las reglas de funcionamiento en su oferta económica a las partes de 6 de junio de 2008, a la que hace se referencia y se incorpora expresamente en el contrato entre el Ing. Bastos y la CNEE" y que "[e]n ningún momento la CNEE se opuso o

915 Memorial de Contestación, párr. 371; Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 62; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 129.

916 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 129. Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4** párr. 62. La CNEE se expide únicamente por resoluciones adoptadas por la mayoría de sus miembros, a decir del artículo 5 de la LGE y no puede ni debe interpretarse que un correo electrónico implica una aprobación de la CNEE, correo que en todo caso, ni siquiera indica que tal aprobación se produjo y que lo que indica es un texto de propuesta.

planteó algún problema con respecto a estas referencias a las reglas de funcionamiento"[917]. Como se explica a continuación, el planteo de TGH es falso.

419. El argumento de TGH requiere, para probar un supuesto acuerdo entre la CNEE y EEGSA, acudir a un documento de un tercero. Pero aún así, es falso. Al revisar la oferta económica del Ing. Bastos no se advierte ninguna referencia a las reglas de funcionamiento, y mucho menos una referencia "específica", como equívocamente indica TGH[918]. La carta en cuestión, enviada por el Ing. Bastos al Lic. Miguel Calleja y al Ing. Melvin Quijivix, se titula "oferta económica" y contiene la propuesta económica del Ing. Bastos para actuar como perito en la Comisión Pericial. En el segundo párrafo, el Ing. Bastos indica que su desempeño estaría sujeto a unas "Reglas de Arbitraje (sic) que [le] hicieran llegar oportunamente". Es decir, la carta del Ing. Bastos, única referencia documental en la que TGH basa el supuesto acuerdo de la CNEE con las reglas de funcionamiento (y sobre la única base de que la CNEE no la habría cuestionado), no solamente refiere erróneamente a unas "reglas de arbitraje", sin explicar a qué documento se está refiriendo, su fecha o quien lo firmó o quién se lo "hizo llegar", sino que, lo más importante, ni siquiera incluye dichas reglas. Era evidente que aun si el Directorio de la CNEE hubiera tomado nota de esta referencia, jamás hubiera entendido a qué se estaba refiriendo el Ing. Bastos, dado que la CNEE nunca supo que EEGSA envió una copia de las reglas de funcionamiento al Ing. Bastos – como se explicó más arriba, dicha copia fue enviada a espaldas de la CNEE[919]. Así, TGH presenta el absurdo de intentar establecer el acuerdo entre EEGSA y la CNEE sobre las supuestas reglas de funcionamiento a través de un documento (i) emitido por una tercera parte (ni EEGSA ni la CNEE); (ii) no respondido por la CNEE; (iii) refiriendo a unas "Reglas de Arbitraje" desconocidas; y (iv) pretendiendo incorporar dichas reglas por

---

917 Memorial de Réplica, párr. 152; Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 37

918 *Ver* Carta de Carlos Bastos a Melvin Quijivix y Miguel Francisco Calleja, 6 de junio de 2008, **Anexo R-81**.

919 A pesar de lo impreciso del lenguaje de la carta en cuestión, en su declaración testimonial en el caso *Iberdrola*, el Ing. Bastos sugiere que esta referencia era precisamente al correo que le circulara Calleja a espaldas de la CNEE, titulado "Reglas de Funcionamiento Propuestas para la Comisión Pericial". *Ver Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaración de Testigo Carlos Bastos*, **Anexo R-102**, párr. 31**.** Correo electrónico de Miguel Francisco Calleja a Carlos Bastos, 2 de junio de 2008, **Anexo R-79**. *Ver* párrafo 238.

referencia a un "envío de las partes" el cual, en rigor de verdad, fue hecho a espaldas de la CNEE.

420. Por otro lado, es importante destacar que la oferta económica del Ing. Bastos anexada al contrato con la CNEE nunca fue analizada o discutida entre las partes previo a su envío por el Ing. Bastos[920]. Más aún, si se lee con atención el texto de su oferta económica, queda claro que al momento de la oferta, el Ing. Bastos consideraba que la Comisión Pericial finalizaría su labor con la entrega del pronunciamiento, al referir que "Mi desempeño […] se extenderá […] hasta el pronunciamiento de la Comisión Pericial […][921]". Cumplido ello, el Ing. Bastos quedaba solo a disposición de las partes a título personal a fin de realizar clarificaciones u otras tareas. Si el Ing. Bastos hubiera entendido que su misión como miembro de la Comisión Pericial incluía realizar toda una segunda vuelta de revisión y aprobación del estudio final, así lo hubiera hecho constar en su oferta como parte de su desempeño. Es de mayor importancia, sin embargo, el hecho de que el contrato de la CNEE con el Ing. Bastos contiene reglas de procedimiento específicas que deben aplicar, en su caso, con prioridad a cualquier regla incorporada por doble referencia[922].

421. En el mismo sentido, TGH alega que por medio de un correo electrónico de 12 de junio de 2008, el Ing. Bastos le consultó a los Sres. Quijivix y Calleja si podía viajar a Guatemala para asistir a la primera reunión de la Comisión Pericial[923]. El Ing. Bastos alega que preguntó "si ello se ajustaba a las 'formalidades del procedimiento'"[924]. TGH alega que al respecto "el Sr. Quijivix respondió que la CNEE no tenía ninguna objeción"[925]. De acuerdo con la lógica de TGH, el Ing. Bastos, al referirse a "las

920 Así lo admitió el Ing. Bastos durante la audiencia en el caso Iberdrola; *ver* Memorial de Contestación, párr. 380 y nota al pie 512.

921 Carta de Carlos Bastos a Melvin Quijivix y Miguel Francisco Calleja, 6 de junio de 2008, **Anexo R-81**. *Ver* Memorial de Contestación, párr. 385.

922 Contrato entre Carlos Bastos y la CNEE, 26 de junio de 2008, **Anexo R-85**, cláusula cuarta.

923 Memorial de Réplica, párr. 153.

924 Memorial de Réplica, párr. 153; Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 4; Correo electrónico de M. Quijivix a C. Bastos y M. Calleja de 13 de junio de 2008, **Anexo C-495**.

925 Memorial de Réplica, párr. 153.

formalidades del procedimiento" se estaba refiriendo a las supuestas reglas de funcionamiento acordadas y a la necesidad de que los tres integrantes de la Comisión Pericial se reunieran en la Ciudad de Guatemala, obligación supuestamente proveniente de lo que TGH llama las "Reglas 1 y 2 de las Reglas Operativas"[926].

422. La declaración del Ing. Bastos en este sentido es equívoca. De una simple lectura del correo electrónico referido[927], se puede ver que en ningún momento se hace referencia a las "Reglas de Operación" a las que alude el Ing. Bastos. El correo simplemente dice: "[…] yo podría viajar a Guatemala para esa fecha liberando a Leonardo y Jean de tener que hacerlo, si con mi viaje alcanzaran a cubrirse las formalidades del procedimiento." El texto del correo no hace referencia a cuál es dicho procedimiento, pero más importante aún, la CNEE jamás se opuso a que la Comisión Pericial estableciera un procedimiento interno – de hecho lo sugirió en su llamada con el Ing. Bastos. Lo que la CNEE no podía aceptar era que ese procedimiento incorporase reglas que modificaran el texto de la ley y las obligaciones del ente regulador, tal como lo pretendía EEGSA con la llamada regla 12. También es falsa la alegación de TGH sobre la respuesta del Ing. Quijivix a la propuesta del Ing. Bastos, indicando que el Ing. Quijivix respondió que "la CNEE no tenía ninguna objeción"[928]. En su correo electrónico de 13 de junio de 2008, el Ing. Quijivix simplemente respondió: "[…] durante la próxima semana te remitiremos [sic] la minuta de contrato de la CNEE para que durante tu visita a Guartemala [sic] realicemos la firma correpondiente [sic]. Saludo. Melvin Quijivix"[929]. Es claro que TGH inventa una declaración del Ing. Quijivix que nunca fue formulada para dar apoyo a su argumento.

423. En cuanto a las reglas que regirían el funcionamiento de la Comisión Pericial, el Ing. Bastos desmiente la afirmación del Ing. Colom diciendo que ni la CNEE ni EEGSA "jamás le transmitieron a la Comisión Pericial que se había decidido que 'la Comisión Pericial fuera la que decidiera sobre la forma en que procedería, en tanto se respetaran

926 *Ibid*., nota al pie 841.

927 Correo electrónico de M. Quijivix a C. Bastos y M. Calleja de 13 de junio de 2008, **Anexo C-495**.

928 Memorial de Réplica, párr. 153.

929 Correo electrónico de M. Quijivix a C. Bastos y M. Calleja de 13 de junio de 2008, **Anexo C-495**.

los extremos indicados en las instrucciones dadas por las partes'"[930]. El Ing. Bastos también alega en ese sentido que la Comisión Pericial había entendido que debían regir su proceder por las Reglas de Operación y que ese fue el motivo por el cual dichas reglas fueron incluidas al Informe de 25 de julio de 2008, indicando que "las Partes han acordado las siguientes reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial"[931]. El Ing. Bastos, en apoyo a estas afirmaciones, alega que "el Sr. Riubrugent [integrante de la Comisión Pericial designado por la CNEE] […] jamás objetó esta sección del Informe ni negó por ningún medio que las Reglas de Operación hubieran sido acordadas entre las partes"[932]. La referencia del Ing. Bastos es equívoca, pues omite indicar que el Ing. Riubrugent desconocía el origen o la discusión sobre las supuestas reglas de funcionamiento y operaba bajo el entendimiento erróneo (al igual que el Ing. Bastos) de que las reglas habían sido acordadas entre las partes.

424. Guatemala explicó en su Contestación que la mejor evidencia de que las reglas de funcionamiento no pasaron del nivel de una discusión entre las partes es que las mismas no fueron incorporadas al Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial (el ***Acta Notarial de Nombramiento***) de 6 de junio de 2008, documento fundacional de dicho organismo previo a su entrada en funciones[933]. TGH, que había convenientemente ignorado este punto en su Demanda, ahora alega, a través de la declaración del Lic. Calleja, que "[e]l hecho de que el Acta no hiciera referencia a las reglas de funcionamiento, que no están relacionadas con la conformación de la Comisión Pericial, sino con la forma en que la Comisión debía conducir el procedimiento no sirve para respaldar la afirmación del Sr. Colom de que las partes no llegaron a un acuerdo respecto de las mencionadas reglas"[934]. En el mismo sentido opina el Ing. Maté[935].

---

930 Memorial de Réplica, párr. 155; Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 6; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 130;

931 Memorial de Réplica, párr. 155; Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 6; Informe de la Comisión Pericial, de 25 de julio de 2008, **Anexo R-87** , pág. 10 .

932 Memorial de Réplica, párr. 155; Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 6.

933 Memorial de Contestación, párr. 373-375; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 133; Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80.**

934 Memorial de Réplica, párr. 156; Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 38.

425. Lamentablemente, ni TGH ni los Sres. Calleja y Maté, explican en qué se basan para sostener que la falta de incorporación de las reglas de funcionamiento al Acta Notarial de Nombramiento "no sirve" para probar la falta de acuerdo (mientras que equívocas referencias en cartas o vagas afirmaciones en correos electrónicos de terceras partes "sí servirían"). El Acta Notarial de Nombramiento es un documento firmado por el Presidente de la CNEE, Ing. Colom, en representación del Directorio de la CNEE y por el Ing. Luis Maté, Gerente General de EEGSA, en representación de EEGSA[936], en el que ambas partes designaron a sus respectivos peritos para que conformaran la Comisión Pericial y emitieron su acuerdo para que el Ing. Carlos Bastos presidiera la Comisión Pericial, además de establecer los objetivos de dicha Comisión Pericial. El artículo primero del Acta Notarial de Nombramiento definía el mandato de la Comisión Pericial: "[…] se pronuncie sobre las discrepancias con el Estudio del [VAD] de [EEGSA] contenidas en la Resolución CNEE – noventa y seis – dos mil ocho (CNEE 96-2008) […][937]". El Acta Notarial de Nombramiento fue el único documento oficial emanado de ambas partes en cumplimiento de la Resolución 96-2008 que mandó a constituir la Comisión Pericial. En dicha Acta no se estipuló ni expresa ni implícitamente ninguna otra función o tarea para la Comisión Pericial que la de pronunciarse sobre las discrepancias, ni se hace ninguna mención de una segunda ronda de comentarios de parte de la Comisión Pericial. Tampoco se hizo referencia alguna a las reglas de funcionamiento, bajo ninguna de sus referencias o denominaciones. Es claro que no podría haberlo hecho, ya que no habían sido acordadas y la regla 12 hubiese representado una extralimitación respecto de "lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la [LGE] y el Reglamento"[938]. Esto queda confirmado dado que con fecha 12 de junio de 2008, los tres peritos notificaron la toma

935 Maté Réplica, **Apéndice CWS-12**, párr. 27.

936 Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80.**

937 *Ibid*, art. primero.

938 *Ibid*.

de posesión de sus cargos en la Comisión Pericial mediante una nota en la que confirmaban su entendimiento respecto del alcance de su tarea[939].

426. En todo caso, es importante no perder de vista que unas reglas de funcionamiento que no habían pasado de la etapa de discusión entre las partes no podían reformar la letra y espíritu de la LGE, el Reglamento o los Contratos. Incluso, ya se ha explicado que, aun si se pudiera aceptar que al incorporarlas la Comisión Pericial a su pronunciamiento, las reglas de funcionamiento eran de aplicación (algo que evidentemente no procede), la misma Comisión Pericial acabó por relativizar su valor al incumplir varias de ellas[940].

8. La disolución de la Comisión Pericial

427. En su Contestación, Guatemala explicó cómo luego de que la Comisión Pericial emitiera su pronunciamiento, las funciones encomendadas a ésta en el Acta Notarial de Nombramiento se encontraban cumplidas y la CNEE procedió el 25 de julio de 2008 a declarar disuelta la Comisión Pericial[941]. Se explicó entonces que, contrariamente a lo argumentado por TGH[942], este accionar no fue ilegal ni arbitrario, sino que fue plenamente consistente con el artículo 75 de la LGE que prevé que la Comisión Pericial emita únicamente un pronunciamiento sobre las discrepancias, e incluso con el contrato suscrito entre la propia EEGSA y el Ing. Bastos que estipulaba el pago del honorario final contra la presentación de este informe[943]. En su Réplica, TGH indica que la disolución de la Comisión Pericial por la CNEE fue ilegal ya que la CNEE no tenía autoridad para disolver la Comisión Pericial unilateralmente[944]. TGH también cuestiona dicha disolución ya que "el estudio del VAD corregido debía ser examinado y aprobado por la Comisión Pericial de conformidad con la Regla 12"[945]. Como se indica a

939 Carta de J. Riubrugent, C. Bastos, y L. Giacchino a C. Colom y L. Maté, 12 de junio de 2008, **Anexo R-83**.

940 Memorial de Contestación, párrs. 401 y 606.

941 Memorial de Contestación, párr. 411. Resolución CNEE GJ-Providencia-3121 (Expediente GTTE-28-2008), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 138.

942 Memorial de Demanda, párr. 167.

943 Memorial de Contestación, párr. 412.

944 Memorial de Réplica, párr. 167.

945 *Ibid.*, párr. 168.

continuación, el análisis de TGH es equivocado, especialmente, porque omite toda referencia al marco regulatorio.

428. Es claro que TGH prefiere avanzar sus argumentos ignorando las disposiciones del marco regulatorio regulan la figura de la Comisión Pericial. Sin embargo, es imprescindible revisar brevemente estas reglas, así como los antecedentes que precedieron a la conformación de la Comisión Pericial durante la revisión tarifaria de EEGSA en 2008. El análisis de esta cuestión debe partir del texto de la LGE. El artículo 75 de la LGE, único artículo en la LGE que describe la función de la Comisión Pericial, establece que una vez entregado el estudio tarifario corregido por parte del distribuidor, en el caso de que persistan discrepancias entre la CNEE y el distribuidor respecto de la incorporación de las observaciones al estudio, las partes deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial. Dice este artículo:

> En caso de discrepancias formuladas por escrito, 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 Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación[946].

429. Por su parte, el artículo 98 bis del Reglamento establece asimismo que:

> La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias en un plazo de sesenta (60) días, contados desde su conformación […][947].

430. De la lectura conjunta de los artículos correspondientes de la LGE y el Reglamento surge que, en caso de rechazo del estudio tarifario y subsistencia de discrepancias, la Comisión Pericial se pronuncia en el plazo de 60 días sobre dichas discrepancias. No hay en el marco regulatorio otra función para la Comisión Pericial[948]. En consonancia con ello, el 15 de mayo de 2008, en vista del rechazo por parte de la CNEE del estudio

946 LGE, **Anexo R-8**, artículo 75 (Énfasis añadido).

947 Acuerdo Gubernativa del MEM 145-2008, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-72**, artículo 98 bis. (Énfasis añadido).

948 Aguilar Dúplica, **Apéndice RER-6**, párr. 35.

tarifario de Bates White por no ajustarse a los Términos de Referencia, la CNEE procedió mediante Resolución 96-2008 a conformar la Comisión Pericial prevista en el artículo 75 de la LGE y a referir las discrepancias a dicho órgano[949]. El rol de la Comisión Pericial fue claramente enunciado en el texto de dicha Resolución y estaba circunscrito a determinar la correcta aplicación de los Términos de Referencia en el estudio del distribuidor:

> […][V]erificando la correcta aplicación de los Términos de Referencia (TdRs) del Estudio del Valor Agregado de Distribución aprobados por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica[950].

431. Una vez que las partes designaron a los miembros de la Comisión Pericial, se dispuso la conformación oficial de dicho ente, a cuyo fin, la CNEE y EEGSA firmaron el Acta Notarial de Nombramiento[951]. Como se explicó en la sección precedente, el Acta Notarial de Nombramiento fue el único documento oficial emanado de ambas partes en cumplimiento de la Resolución 96-2008. En su artículo Primero se dejó en claro cuál era el mandato de la Comisión Pericial:

> Manifiestan los comparecientes que se conforma la Comisión Pericial <u>para que se pronuncie sobre las discrepancias</u> con el Estudio del [VAD] de [EEGSA] contenidas en la Resolución CNEE – noventa y seis – dos mil ocho (CNEE 96-2008) así como sobre las respuestas de [EEGSA] y de su consultor a la misma, conforme lo establecido en el artículo setenta y cinco (75) y noventa y ocho (98) de la [LGE] y el Reglamento […] respectivamente, los cuales establecen que en caso de discrepancias formuladas por escrito, la [CNEE] y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial […][952].

432. En consecuencia, ni la LGE ni el Reglamento por un lado, ni la Resolución 96-2008 ni el Acta Notarial de Nombramiento, por el otro, establecieron ninguna función adicional

---

949 Resolución CNEE 96-2008, 15 de mayo de 2008, **Anexo R-71**.

950 *Ibid*, pág. 3

951 Acta Notarial de Nombramiento de la Comisión Pericial, 6 de junio de 2008, **Anexo R-80**.

952 *Ibid*, artículo primero (Énfasis añadido).

para la Comisión Pericial que la de emitir un pronunciamiento. En ninguno de estos documentos se hizo referencia a posibles reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial, ni a terceras versiones del estudio tarifario, ni a un segundo pronunciamiento de la Comisión Pericial[953].

433. Consciente de ello, cuando el viernes 25 de julio de 2008 la CNEE recibió el pronunciamiento de la Comisión Pericial[954] la CNEE acusó recibo de dicho pronunciamiento[955], y dispuso que dicha Comisión había cumplido con las funciones encomendadas a ésta en el Acta Notarial de Nombramiento (que eran las mismas que las previstas en la LGE, el Reglamento y la Resolución 98-2008) y procedió a declarar disuelta la Comisión Pericial:

> […] II) Se tiene por recibido el informe […] y se tiene por cumplido el pronunciamiento de la Comisión Pericial; III) En virtud de haber cumplido con el objeto de su nombramiento, se disuelve en definitiva la Comisión Pericial […][956].

434. Por otro lado, al notificarles la disolución de la Comisión Pericial, la CNEE informó a los peritos Sres. Jean Riubrugent y Carlos Bastos que "las actividades correspondientes a la ejecución" de sus respectivos contratos habían finalizado con la entrega del pronunciamiento, y que procederían a tramitarles el pago de sus respectivos honorarios como peritos[957].

435. Revisando los argumentos de TGH sobre esta cuestión, se advierte que su única queja es que la CNEE, al disolver la Comisión Pericial, le habría impedido cumplir con lo

---

953 LGE, **Anexo R-8**, artículo 75; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98.

954 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**.

955 La CNEE acusó recibo del pronunciamiento de la Comisión Pericial mediante la Resolución CNEE GJ-Providencia-3121 (Expediente GTTE-28-208), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 138.

956 Resolución CNEE GJ-Providencia-3121 (Expediente GTTE-28-2008), 25 de julio de 2008, **Anexo R-86** (Énfasis añadido).

957 Memorial de Contestación, párr. 413; La cédula de notificación con la entrega de este documento a Carlos Bastos fue recibida a las 13.40 horas del lunes 28 de julio. Jean Riubrugent recibió la notificación a las 13 horas con 45 minutos del mismo 28 de julio. Cédulas de Notificación dictada por la CNEE y cartas de Carlos Colom Bickford a Jean Biubrugent y Carlos Bastos, 28 de julio de 2008, **Anexo R-92**.

establecido en la regla 12[958]. Este análisis de TGH parte de la premisa equivocada, puesto que como explicó Guatemala en la sección precedente[959], la CNEE jamás aceptó dicha regla porque, precisamente, incorporaba al procedimiento una etapa no prevista en el marco legal descrito en los párrafos precedentes.

436. Este punto, como varios otros que presenta TGH en el arbitraje, ya ha sido decidido por los tribunales guatemaltecos, a pedido de EEGSA. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala explicó con gran claridad en su sentencia de 18 de noviembre de 2009:

> [A]l haberse pronunciado la comisión de peritos sobre los puntos sometidos a su dictamen […] el proceso habría de tenerse por concluido, puesto que no podría caer en un circulo interminable […]
>
> [H]abiéndose dado por concluido el procedimiento establecido en los artículos 74 y 75 de la ley reguladora, que concluyó con el dictamen de la Comisión Pericial, el cual no era vinculante para la autoridad ésta asumió su responsabilidad, que no tiene facultad para delegarla, aprobando, con base en los propios estudios que estimó pertinentes, las tarifas cuestionadas por media del amparo. […]
>
> Ni la Ley ni el Reglamento citados contienen precepto alguno que indique otra función de la Comisión Pericial, más allá de su pronunciamiento, el cual con su entrega quedó cumplido; no se percibe […] que la actividad Pericial debiera mantenerse vigente, por lo que su disolución resultaba ser una consecuencia inocua del agotamiento de su función dictaminadora o asesora para la definición tarifaria […]. [A]l haber cumplido la Comisión Pericial con la entrega de su informe y no tener ya ninguna otra intervención legal en el procedimiento, ningún agravio podía causarle a la amparista la disolución de aquella[960].

437. En consecuencia, según la Corte de Constitucionalidad: (a) la LGE atribuye a la CNEE, un órgano técnico independiente del Ejecutivo, la competencia de establecer los pliegos

---

958 Memorial de Réplica, párr. 157.

959 *Ver* Sección V.E.7

960 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, pág. 23-26 (Énfasis añadido).

tarifarios de acuerdo con los parámetros previstos en la propia Ley, por ejemplo en los artículos 60, 61, 71 y 73[961]; (b) la Comisión Pericial, por el contrario, tiene únicamente la función de emitir un pronunciamiento en caso de discrepancias entre el distribuidor y la CNEE respecto a la consistencia entre el estudio del VAD presentado por el distribuidor y los Términos de Referencia dictados por la CNEE. Una vez que ha emitido su pronunciamiento, la regulación no prevé ninguna otra función adicional para la Comisión Pericial[962]. Por lo tanto, la Corte entendió que la disolución de la Comisión Pericial, una vez finalizado su cometido, no era ilegal[963].

438. En la Sentencia de 24 de febrero de 2010[964], en un procedimiento también instado por EEGSA, la Corte de Constitucionalidad ratificó que la LGE no le otorga a la Comisión Pericial otra función que la de pronunciarse sobre las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor. En consecuencia, con la entrega de su pronunciamiento, la Comisión Pericial cumplió con su función[965] y por lo tanto, la disolución de la Comisión Pericial cuando ésta ya había emitido su pronunciamiento no pudo haber causado agravio a EEGSA[966].

> No se advierte, tanto en la Ley que regula la materia como en su respectivo Reglamento – única normativa aplicable al caso dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente – norma alguna que atribuya a la Comisión Pericial, otra función más allá que la de su pronunciamiento sobre las discrepancias ya referidas. […] [C]on la entrega de su respectivo pronunciamiento, la Comisión Pericial cumplió con la función que la Ley de la materia y su respectivo Reglamento le encomendaran para el efecto. Por lo que al haberse agotado su función legal, no tratándose de una Comisión de tipo permanente, sino más bien de carácter temporal, cuya función dictaminadora, según la ley, debía servir para la definición tarifaria por la autoridad

961 *Ibid.*, pág. 32.

962 *Ibid.*, págs. 23-26.

963 *Ibid*.

964 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110.**

965 *Ibid*, pág. 32.

966 *Ibid.*

> 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 aquella, siendo que el proceder de la autoridad impugnada se ciñó al procedimiento establecido en la Ley y el Reglamento que regulan la materia[967].

439. En consecuencia, y a la luz de las pruebas esgrimidas, no caben dudas que –luego de que emitiera su pronunciamiento– la disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE no estaba violando la legislación vigente, ya que la única función que le corresponde a dicha Comisión –la de pronunciarse sobre las discrepancias existentes[968]– se encontraba cumplida[969].

9. El pronunciamiento de la Comisión Pericial confirmó que el estudio del 5 de mayo no era apto para la determinación de las tarifas

440. Habiendo recibido el pronunciamiento de la Comisión Pericial el 25 de julio de 2008, el equipo de la División de Tarifas de la CNEE trabajó todo el fin de semana para informar sus conclusiones al Directorio de la CNEE a primera hora del lunes 28 de julio[970]. En su Memorial de Contestación[971], Guatemala demostró que el pronunciamiento de la Comisión Pericial había favorecido a la CNEE en la mayoría de los puntos en discrepancia (58 por ciento)[972]. TGH en su Réplica sostiene que los pronunciamientos a favor de EEGSA tienen un mayor peso económico que los pronunciamientos a favor de la CNEE y, que de acuerdo a una presentación interna de la CNEE, los pronunciamientos a favor de la CNEE referidos a las redes subterráneas y de la

967 *Ibid* (Énfasis añadido).

968 *Ver* LGE, **Anexo R-8**, artículo 75; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 98; Acuerdo Gubernativo del MEM 145-2008, 19 de mayo de 2008, **Anexo R-72**, artículo 98 bis; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, págs. 31-32; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**, págs. 23-26.

969 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**.

970 Ver Agenda de reuniones mantenidas por la división tarifas de la CNEE entre el viernes 25 y el lunes 28, 25-28 de julio de 2008, **Anexo R-88**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 139.

971 Memorial de Contestación, párr. 416.

972 *Ibid*, *párr*. 390.

optimización de las unidades constructivas se verían compensados por la decisión adversa sobre el FRC[973].

441. Dicha interpretación es incorrecta. Si la tesis de TGH fuera cierta, el valor del VNR de Bates White luego de la aplicación de los pronunciamientos de la Comisión Pericial no se hubiera visto modificado. Sin embargo, los equipos internos de la CNEE en su revisión preliminar durante el fin de semana habían estimado que la incorporación de los pronunciamientos al estudio del 5 de mayo redundaría en una disminución del VNR de casi el 50 por ciento (unos US$ 680 millones)[974]. Este monto podía incluso incrementarse una vez implementados algunos pronunciamientos no susceptibles de cuantificación en ese momento.

442. Aclarado este punto, analizaremos a continuación algunos argumentos específicos de TGH respecto de los pronunciamientos más relevantes de la Comisión Pericial.

a. La Comisión Pericial confirmó la necesidad de contar con modelos auditables

443. En su Memorial de Contestación, Guatemala explicó que la Comisión Pericial, por unanimidad, es decir, aún con el voto del autor del estudio, Lic. Giacchino, dictaminó que los modelos de Bates White, no eran—pero debían ser—auditables tal como la CNEE lo venía requiriendo desde los informes de etapa[975]. Este pronunciamiento era vital para la CNEE ya que siendo ésta el único órgano responsable (*accountable*) ante terceros por la fijación de las tarifas, debía poder justificar los resultados del estudio ante cualquier cuestionamiento.

444. TGH sostiene que si bien para la CNEE "podía ser importante" la auditabilidad del modelo, dicho pronunciamiento no tenía un efecto directo sobre el VNR o el VAD dado que, para cumplir con este pronunciamiento, Bates White solo debía *linkear* y asegurar

973 Réplica, párrs. 162-164.

974 CNEE, Análisis Dictamen Comisión Pericial, **Anexo C-547**, lámina 8.

975 Memorial de Contestación, párr. 394; Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 15-17.

la trazabilidad del estudio del 28 de julio[976]. Estos argumentos no hacen más que resaltar la importancia de este pronunciamiento. Primero, este pronunciamiento confirma que ni la CNEE ni la Comisión Pericial pudieron auditar y comprobar que el modelo fuera un modelo óptimo. Más aún, dado que las tarifas tenían que estar publicadas el 1 de agosto, incluso si Bates White corregía el modelo para hacerlo auditable (lo que no hizo), la CNEE ya no tenía posibilidad de auditar y verificar que el modelo reflejaba un VNR y un VAD óptimos. Por lo tanto, contrariamente a lo que sostiene TGH, el impacto económico de este pronunciamiento no era "nulo" sino que, más preocupante aún, era incierto. Finalmente, el hecho de que Bates Whites, con el voto del Ing. Giacchino en la Comisión Pericial, aceptara entregar un modelo auditable justamente (y solo) en el momento en que la CNEE ya no podía auditarlo pone en duda la confiabilidad del consultor de EEGSA.

b. La Comisión Pericial confirmó la necesidad de contar con precios de referencia y una base de datos auditable

445. En el Memorial de Contestación[977], Guatemala explicó que la Comisión Pericial se pronunció a favor de la CNEE respecto de la necesidad de contar con precios de referencia para poder comprobar si el VNR reflejaba precios eficientes tal como lo requería la regulación. La Comisión expresamente señaló la improcedencia de intentar fijar precios en base a precios reales del distribuidor. Más importante aún, la Comisión expresó su preocupación sobre posibles sobreprecios derivados de acuerdos con proveedores locales, así como posibles transferencias de utilidades con empresas relacionadas[978]. En cuanto a la necesidad de la presentación de una base de datos que permitiera la auditoría de los precios presentados, la Comisión Pericial se pronunció también a favor de la CNEE por unanimidad[979]. Respecto del estudio de benchmarking, la Comisión Pericial también se pronunció en forma unánime a favor de la CNEE, requiriendo a Bates White a realizar una comparación de costos, por lo menos: (i) con la

976 Memorial de Réplica, párr. 163.

977 Memorial de Contestación, párr. 395-397.

978 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 35.

979 *Ibid*, pág. 41.

empresa ideal a la cual se arribó en el Estudio Tarifario anterior; (ii) con la empresa ideal a la que se arriba en esta oportunidad; y (iii) la empresa real[980].

446. En su Memorial de Réplica, TGH insiste con que este pronunciamiento no es relevante porque no tiene impacto en el VNR o el VAD "dado que el consultor debía elegir el precio más bajo, quedaba por verse si los precios adicionales que debían incluirse como resultado del pronunciamiento serían inferiores a los utilizados por Bates White en su estudio anterior"[981]. Al igual que en el caso de la trazabilidad, justamente el hecho que TGH reconozca que quedaba por ver si los nuevos precios de referencias efectivamente resultaban en valores del VAD más bajos, demuestra que la CNEE no podía tomar esos valores como buenos sino que tenía que auditarlos. Es claro que si Bates White proporcionaba los precios de referencia con posterioridad a la emisión del informe de la Comisión Pericial, la CNEE no tendría ya tiempo de realizar su auditoria para verificar si los precios usados en el modelo eran eficientes. Por lo tanto, se puede concluir que el impacto de este pronunciamiento no era nulo como alega TGH, sino claramente "incierto". Por último, cabe aclarar que la persistente negativa de Bates White a proporcionar elementos tan básicos como los precios de referencia sino hasta el momento que los mismos no podían ser auditados, son una muestra más de la falta de confiabilidad del estudio.

c. La Comisión Pericial confirmó que el retorno debía calcularse sobre la base de capital (VNR) neta de depreciaciones

447. Guatemala ya explicó que Bates Whites había insistido en que el retorno debía calcularse sobre una base de capital bruta[982] y que esta postura era contraria a (i) la LGE; (ii) los principios básicos de economía regulatoria, (iii) la práctica anterior de la CNEE; (iv) la literatura publicada sobre el tema por el propio Ing. Giacchino, entre

980 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, pág. 164.

981 Memorial de Réplica, párr. 163.

982 Memorial de Contestación, párrs. 398-401.

otros[983]. La Comisión Pericial, como bien lo admite TGH[984], confirmó que las depreciaciones debían ser tenidas en cuenta para el cálculo del retorno[985].

448. En su Réplica, TGH sostiene que Guatemala no puede sostener que la decisión de la Comisión Pericial referida al FRC fue más favorable para la CNEE que para EEGSA[986], porque la Comisión se pronunció a favor de un nivel de depreciaciones de un 7 por ciento cuando los Términos de Referencia habían establecido un 50 por ciento y EEGSA había requerido cero[987]. TGH trata de eludir con esta explicación el punto más relevante de la decisión de la Comisión Pericial sobre esta discrepancia.

449. Si bien como lo explica el Ing. Damonte, la fórmula alternativa[988] propuesta por la Comisión Pericial además de violar los Términos de Referencia firmes adolecía de graves errores técnicos que imposibilitaban su aplicación[989], lo importante es que la Comisión Pericial no avaló la tesis que EEGSA, su consultor y ahora TGH tan aferradamente defienden, que el retorno se calcula sobre el valor bruto de los bienes. En este sentido puede decirse entonces que la Comisión Pericial sí decidió más a favor de la CNEE.

450. En conclusión, la importancia de los pronunciamientos de la Comisión Pericial a favor de la CNEE no debe ser medida exclusivamente en base a su peso económico como lo pretende TGH (aunque ese criterio también favorece la tesis de la CNEE de que la mayoría de los pronunciamientos fueron a su favor), sino también en relación a lo que significó que Bates White haya sostenido dichas posturas durante todo el período de la

983 Ver Sección III.E.2(b) más arriba.

984 Memorial de Demanda, párr. 161, Memorial de Réplica, párr. 163.

985 Informe de la Comisión Pericial, 25 de julio de 2008, **Anexo R-87**, págs. 104-106.

986 Memorial de Réplica, párr. 163.

987 Kaczmarek Réplica, **Apéndice CER-5**, párr. 80.

988 Como se explicó en detalle en el Memorial de Contestación y como lo admitió el Ing. Bastos (párr. 606), la Comisión Pericial se extralimitó en su mandato proponiendo una fórmula de recupero de capital alternativa a la establecida en los Términos de Referencia.

989 Damonte, **Apéndice RER-2**, Capítulo 6.2; Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 94.

revisión tarifaria y, sobre todo, su impacto en la posibilidad de la CNEE de auditar oportunamente el estudio de Bates White.

10. El estudio tarifario del 28 de julio no podría haber sido utilizado para la fijación del pliego tarifario

451. Tal como se explicó en el Memorial de Contestación[990], el 28 de julio por la mañana, el equipo de la División de Tarifas informó al Directorio de la CNEE el resultado de los pronunciamientos de la Comisión Pericial y, en especial, que la Comisión había fallado en su mayoría a favor de la CNEE. Ante dicha situación, la Comisión tenía dos opciones, corregir el informe de Bates White del 5 de mayo o usar el informe preparado por el consultor Sigla[991].

452. TGH en su Réplica alega que la CNEE eligió no implementar los cambios en el estudio del 5 de mayo porque éstos darían un valor "25%" superior al valor determinado por el estudio Sigla[992]. TGH ignora por completo que de acuerdo al análisis preliminar de la CNEE, la implementación de los pronunciamientos al estudio se estimaba entre hasta cinco semanas dependiendo del pronunciamiento[993], lo que hacía imposible corregir el estudio en el tiempo que quedaba disponible[994]. Por otro lado, al no estar el modelo de Bates White "*linkeado*" era imposible incorporar ciertos cambios y realizar estas sensibilidades en una forma eficiente[995]. Por último, habiendo la CNEE requerido a Bates White proveer un estudio auditable durante más de siete meses y ante la negativa de éste a proporcionarla, existían dudas sobre la integridad del estudio como para invertir esfuerzos y modificarlo. Ante este panorama, la CNEE visualizó que la opción

990 Memorial de Contestación, párr. 417.

991 *Ibid*; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 147.

992 Memorial de Réplica, párr. 164.

993 CNEE, Análisis Dictamen Comisión Pericial, **Anexo C-547**, láminas 4 y 5.

994 Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 145.

994 *Ibid*, párr. 146.

995 *Ibid*, párr. 149.

más razonable era utilizar el estudio tarifario preparado por la consultora Sigla para fijar las tarifas[996].

453. El mismo 28 por la tarde, cuando la CNEE ya había decidido focalizar sus esfuerzos en el estudio de Sigla, la CNEE recibió una nueva versión del estudio de Bates White (no contemplada ni permitida por la LGE) supuestamente corregido a la luz de los pronunciamientos de la Comisión Pericial[997]. El VNR de este estudio resultaba aún en US$ 1.053 millones. Como se explicó en detalle en el Memorial de Contestación, 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[998].

454. En su Réplica, TGH alega que no es cierto que la CNEE haya hecho una revisión preliminar del estudio del 28 de julio y que es claro que la CNEE ya había decidido usar el estudio de Sigla porque resultaría en tarifas más bajas[999]. Más allá de los problemas de auditabilidad que se detectaron inmediatamente en el estudio del 28 de julio, los cuales ya eran suficientes para descartar *in límine* el estudio, solo basta con comparar el VNR supuestamente ajustado según los pronunciamientos de la Comisión Pericial por Bates White de US$ 1.053 millones con los US$ 621 millones que la CNEE había calculado, si bien en forma preliminar y no oficial, debía resultar de la aplicación de los pronunciamientos que eran cuantificables[1000]. Esa diferencia abismal de US$ 432 millones no dejaba dudas que Bates White no había incorporado correctamente los pronunciamientos. Asimismo, tal como lo admite TGH, varios de los pronunciamientos implicaban que la CNEE revisara la nueva información aportada por Bates White el 28

996 *Ibid*, párr. 149.

997 Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. realizado por Bates White y corregido conforme al pronunciamiento de la Comisión Pericial, 28 de julio de 2008, **Anexo R-91**; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 148.

998 Memorial de Contestación, párr. 419; Colom, **Apéndice RWS 1**, párr. 149.

999 Memorial de Réplica, párr. 174.

1000 CNEE, Análisis Dictamen Comisión Pericial, **Anexo C-547**, lámina 6.

de julio para determinar su pertinencia[1001]. Es claro que a esa altura del procedimiento esa tarea era irrealizable. Justamente es eso lo que pretendía EEGSA, y pretende ahora TGH, que la CNEE determinara las tarifas sobre el estudio del 28 de julio sin que tuviera la oportunidad de verificar la eficiencia de los resultados.

a. La "aprobación" del Ing. Bastos y el Lic. Giacchino no validan los resultados del estudio del 28 de julio

455. TGH insiste en su Réplica con que el estudio del 28 de julio incluía "todos" los pronunciamientos[1002]. Como evidencia de ello, TGH se ampara, entre otros, en el hecho que el Ing. Bastos y el Ing. Giacchino "aprobaron" el estudio[1003]. En su Memorial de Contestación, Guatemala explicó que a pesar de haberse disuelto la Comisión Pericial, y de entender el Ing. Bastos que no correspondía aprobar el estudio de Bates White, el Lic. Giacchino convenció al Ing. Bastos para emitir una suerte de "aprobación" del estudio de Bates White[1004].

456. Más alla de la no pertinencia legal de esta "aprobación", es claro que fácticamente esta aprobación carece de toda validez. El Lic. Giacchino era el autor del estudio por lo que no es necesario analizar la objetividad de su "aprobación". El Ing. Bastos, por su lado, intenta explicar que "junto con el Lic. Giacchino" comprobó que todos los pronunciamientos de la Comisión Pericial habían sido incluídos[1005]. De hecho, él mismo realizó esta salvedad cuando envió su carta a la CNEE "aprobando" el estudio del 28 de julio y confirmó que ir más allá era imposible para él:

> La extensión y complejidad del modelo en sí mismo me impiden seguir en detalle todos los pasos del cálculo que se efectúa. No obstante es posible afirmar que el resultado del VAD calculado en su estudio está calculado con un modelo

1001 Memorial de Réplica, párr. 163.

1002 *Ibid*, párr. 177.

1003 *Ibid*, párr. 175.

1004 Memorial de Contestación, párr. 421-422.

1005 Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/05), Declaración de Testigo Carlos Bastos Bastos, **Anexo R-102**, párrs. 20-21.

> que incorpora las decisiones tomadas por la Comisión Pericial[1006]

457. Tal como surge de este texto, el Ing. Bastos se responsabiliza solo de la incorporación de los pronunciamientos al modelo, pero no le consta ni la forma de dicha incorporación ni la veracidad de los cálculos. Si bien en su segunda declaración, el Ing. Bastos afirma que corroboró exactamente "el lugar en que se habían incorporado" las correcciones en el modelo, resulta evidente del texto de su declaración que el Ing. Bastos no controló, porque no era posible, sí las correcciones habían sido correctamente incorporadas o si los cálculos reflejaban esas modificaciones[1007]. Basta señalar un ejemplo para entender el alcance de la aprobación del Ing. Bastos.

458. El pronunciamiento No. B.1.a de la Comisión Pericial requería, como ya se explicó, la presentación de precios de referencia internacionales para poder comprobar que los precios incluidos en el modelo de Bates White eran los más eficientes. Para comprobar que el modelo de Bates White del 28 de julio incluía verdaderamente precios eficientes, el Ing. Bastos hubiera debido imprimir una hoja PDF (que supuestamente contenía los 498 precios requeridos[1008]) y verificar, precio por precio, los precios contenidos en la base de datos y comprarlos con aquellos incluidos en el modelo de Bates White para decidir si los precios elegidos por éste eran los más eficientes. Ello además, sin contar con una base de datos automatizada como lo había requerido la Comisión Pericial[1009]. Es claro que en los dos días de "revisión" del Ing. Bastos, no pudo más que limitarse a "validar" lo que el Ing. Giacchino le dijo había realizado. Esta aprobación, por lo tanto,

---

1006 Carta de Carlos Bastos a Carlos Colom Bickford y Luis Maté, 1 de agosto de 2008, **Anexo R-97**, pág. 4 (Énfasis añadido). Ver también Transcripciónes audiencia final Caso CIADI Nº ARB/09/5 (extractos), **Anexo R-140,** Tr., Día Dos, Bastos, 635:3-9.

1007 *Ibid.*

1008 Estudio del Valor Agregado de Distribución para Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A. realizado por Bates White y corregido conforme al pronunciamiento de la Comisión Pericial, 28 de julio de 2008, **Anexo R-91**, Etapa B, pág. 78 (el diseño del modelo de Bates White requería 166 materiales mayores, y cada material mayor requería tres precios de referencia).

1009 Aunque la Comisión Pericial exigió que los datos de la base de datos debían "poder ser corroborados por la CNEE", la base de datos de 28 de julio era completamente inauditable. Durante la Audienci a del caso Iberdrola, el Lic. Giacchino admitió que en esta versión final del estudio, la base de datos de precios "no estaba ligada electrónicamente", y dio la única excusa de que esto "lleva mucho tiempo". Tr.,Día Dos, Audiencia Iberdrola, **Anexo R-202**, págs. 477:7-12, Giacchino.

de ningún modo podía ser, como pretende TGH, "vinculante" para la CNEE y obligarla a fijar las tarifas en base a este estudio[1010].

b. El estudio del 28 de julio no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial

459. Como se explicó en detalle en el Memorial de Contestación, más allá de la revisión preliminar realizada por la CNEE antes de determinar las tarifas en base al estudio de Sigla ya mencionada, el estudio de Bates White del 28 de julio fue sometido posteriormente por la CNEE a revisión de la consultora independiente Mercados Energéticos. La conclusión de Mercados Energéticos fue que el estudio del 28 de julio no incorporaba la totalidad de los pronunciamientos de la Comisión Pericial[1011]. Entre otros problemas, Mercados Energéticos señaló respecto de los Modelos que los mismos no eran trazables ni auditables y no contaban con el soporte requerido[1012]. Como se explicó, los archivos constituyen planillas de cálculo con algunas relaciones entre sí, pero no forman un modelo integrado y ordenado que permita su trazabilidad adecuadamente[1013]. Por ejemplo, para la Etapa C, el consultor presentó una descripción de los archivos soporte del estudio tarifario, pero los archivos no tenían ninguna relación con las planillas de cálculo y los archivos soporte realmente enviados[1014]. Adicionalmente, se encontraron valores pegados, y fórmulas que no se entienden. De su

1010 Memorial de Contestación, párr. 427.

1011 Mercados Energéticos Consultores, "Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial", julio de 2009, **Anexo R-103**, págs. 5-6 y 13. Ver tambien Declaración Testimonial de Alejandro Alberto Arnau Sarmiento, Mariana Álvarez Guerrero y Edgardo Leandro Torres de Mercados Energéticos Consultores S.A., 24 de enero de 2012 (***Mercados Energéticos***), **Apéndice RWS-3**.

1012 Mercados Energéticos Consultores, "Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial", julio de 2009, **Anexo R-103**, págs. 5 y 13. Ver también Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**.

1013 Mercados Energéticos Consultores, "Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial", julio de 2009, **Anexo R-103**, pág. 28. Ver también Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**.

1014 *Ibid.*

revisión completa del estudio, Mercados Energéticos concluyó que el mismo no reflejaba un 64 por ciento de los pronunciamientos de la Comisión Pericial[1015].

460. TGH contrató al experto Dr. Barrera para que, entre otros, lleve adelante un análisis del estudio del 28 de julio. El Dr. Barrera concluye que "cada uno" de los pronunciamientos fueron incorporados en forma "completa"[1016]. En especial, alega TGH, Barrera confirma que "los cálculos eran verificables a través de links de acuerdo al pronunciamiento de la Comisión Pericial"[1017]. Sin embargo, basta con leer el informe del propio experto para confirmar que ello es falso. El Dr. Barrera admite abiertamente que necesitó la ayuda del Lic. Giacchino para entender el modelo de Excel de Bates White del 28 de julio, explicando que "[e]n el marco de nuestro análisis del modelo de Excel de Bates White del 28 de julio de 2008 presentado a la CNEE, consultamos al Dr. Leonardo Giacchino, autor de los estudios de Bates White"[1018] y que "[e]ste proceso [la revisión del estudio tarifario del 28 de julio] nos resultó más fácil gracias a las consultas al Dr. Giacchino"[1019]. Esta admisión no deja dudas que el estudio del 28 de julio no podía ser entendido por un tercero sin la ayuda del Ing. Giacchino. Es claro que ello no era lo requerido por los Términos de Referencia ni por la Comisión Pericial.

461. El experto Barrera critica además las conclusiones de Mercados Energéticos respecto del estudio del 28 de julio[1020] y TGH alega en su Réplica que Mercados Energéticos no es un testigo sino un experto y que no es independiente porque fue contratado con posterioridad a la revisión tarifaria[1021]. Primeramente es necesario indicar que es cierto, y nunca fue ocultado por Guatemala, que Mercados Energéticos fue contratado con posterioridad a la finalización de la revisión tarifaria. Ante las amenazas de un arbitraje,

---

1015 Mercados Energéticos Consultores, "Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial", julio de 2009, **Anexo R-103**, pág. 6.

1016 Barrera, **Apéndice CER-4**, Sección 3.

1017 *Ibid*, párr. 74.

1018 *Ibid*, párr. 69.

1019 *Ibid*, párr. 74.

1020 Memorial de Réplica, párrs. 178-179; Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 66.

1021 *Ibid*, párr. 178.

la CNEE decidió contratar consultores externos a fin de que analizaran objetivamente el estudio del 28 de julio en detalle, utilizando para ello el tiempo que fuera necesario[1022]. El hecho que Guatemala haya decidido presentarlos como testigos en este arbitraje para que confirmen las conclusiones de su reporte y, en su caso, sean contra-interrogados por TGH, no hace más que aportar transparencia a la posición de Guatemala.

462. Mercados Energéticos, sin embargo, ha sido recientemente contratado por EEGSA como su consultor en la revisión tarifaria 2013-2018. En particular, notamos que el Ing. Arnau (testigo de Guatemala en este arbitraje) ha sido contratado como "jefe de proyecto" para la realización del estudio tarifario de EEGSA[1023]. A la luz de esta contratación, y a pesar de la insistencia reiterada de Guatemala, Mercados Energéticos ha comunicado su imposibilidad de continuar siendo testigo en este arbitraje[1024]. Si bien Guatemala se ve imposibilitada de presentar un testimonio de dúplica de Mercados Energéticos contestando a cada una de las alegaciones del Dr. Barrera, la realidad es que la contratación de Mercados Energéticos por EEGSA para la realización de su estudio tarifario no hace más que confirmar la seriedad, idoneidad e independencia de los consultores. Por otra parte, el experto Ing. Damonte presentó en su primer reporte de experto, y lo confirma en el su reporte de Dúplica, sus propias conclusiones respecto de la no incorporación de todos los pronunciamientos al estudio del 28 de julio. Según el Ing. Damonte, dicho estudio contiene una sobre estimación de al menos US$ 424 millones[1025].

463. En base a lo expuesto anteriormente y a lo alegado en el Memorial de Contestación[1026], es claro que el estudio del 28 de julio no podía ser utilizado por la Comisión Pericial para determinar las tarifas aplicables para el quinquenio 2008-2013.

1022 Mercados Energéticos Consultores, "Revisión del Estudio del Valor Agregado de Distribución de EEGSA en Relación al Pronunciamiento de la Comisión Pericial", Julio de 2009, **Anexo R-103.**

1023 Carta de Ing. Carlos Fernando Rodas (EEGSA) a Lic. Carmen Urízar (CNEE), 30 de agosto de 2012, **Anexo R-205**.

1024 Comunicación de Alejandro Arnau, 27 de agosto de 2012, **Anexo R-207**.

1025 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 271.

1026 Memorial de Contestación, párr. 426.

11. La fijación de tarifas por parte de la CNEE en base al estudio Sigla se ajustó a los términos de la LGE

464. Así, no pudiendo adaptarse el estudio del Bates White ni conteniendo el del 28 de julio los pronunciamientos de la Comisión Pericial, la CNEE finalmente se aprobó el estudio tarifario de Sigla el día martes 29 de julio[1027], luego que el equipo de la División de Tarifas le presentara al Directorio un análisis del estudio basado en dos dictámenes jurídicos y dos dictámenes técnicos[1028]. La CNEE procedió a dictar la Resolución CNEE 144-2008 aprobando el estudio de Sigla para la fijación del pliego tarifario[1029] y el 30 de julio de 2008 la CNEE aprobó los nuevos pliegos tarifarios para EEGSA por el quinquenio 2008-2013, los que fueron publicados al día siguiente, el 31 de julio y entraron en vigor el 1 de agosto, cumpliéndose así con todos los plazos establecidos por la LGE[1030]. Guatemala ya ha explicado también que las tarifas fijadas en base al estudio de Sigla eran razonables en tanto reflejaban el costo eficiente del servicio de distribución de electricidad[1031]. En particular, Guatemala ilustró como el VAD de Sigla es consistente con el VAD de CAESS, el distribuidor de El Salvador más comparable con

---

1027 Memorial de Contestación, párr. 419; Colom, **Apéndice RWS-1**, párr. 149. Como ya hemos explicado, dos informes posteriores encargados a expertos externos por la CNEE a fin de analizar detalladamente el supuesto cumplimiento del estudio de Bates White de 28 de julio con los pronunciamientos de la Comisión Pericial, confirmaron la no incorporación de una gran cantidad de pronunciamientos. Mercados Energéticos, **Apéndice RWS-3**; Damonte, **Apéndice RER-2**.

1028 CNEE, Departamento de Estudios Tarifarios, Dictámenes Técnicos sobre los Pliegos Tarifarios para los Usuarios no Afectos a la Tarifa Social de EEGSA y los Pliegos Tarifarios de Tarifa Social de EESGA para el quinquenio 2008-2013, Anexo R-93, pág. 15:

> **Recomendaciones**: Con base en el análisis técnico de lo anteriormente presentado se recomienda previo al análisis jurídico correspondiente, derogar las resoluciones CNEE-66-2003, CNEE-67-2003 y CNEE-69- 2008; y emitir los pliegos tarifarios base […] de acuerdo a los resultados obtenidos del Estudio efectuado por la asociación [SIGLA] y aprobado por la [CNEE] mediante Resolución CNEE 144-2008.

CNEE, Gerencia Jurídica, GJ-Dictamen-1287 y GJ-Dictamen-12-88. Pliego Base de la Tarifa No Social de EEGSA y Pliego Base de la Tarifa Social de EEGSA, 29 de julio de 2008, **Anexo R-94**.

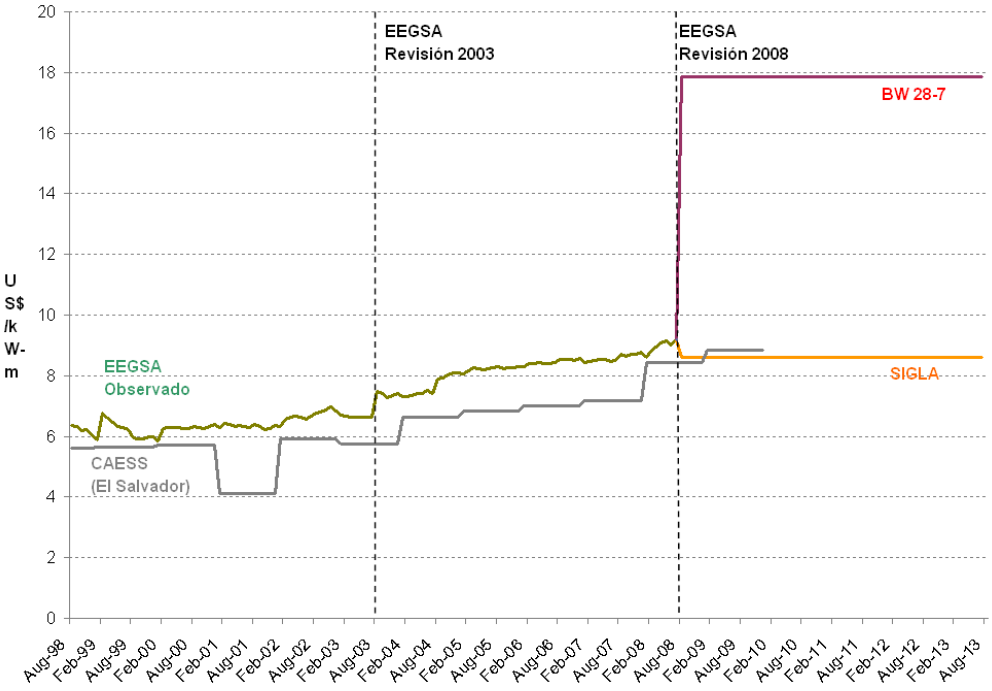
1029 Resolución CNEE 144-2008, 29 de julio de 2008, **Anexo R-95**.

1030 RLGE, **Anexo R-12**, articulo 98.

1031 Memorial de Contestación, Sección III.F.14.

EEGSA[1032]. El siguiente gráfico muestra esta consistencia en el caso de baja tensión, y a su vez la desproporción del VAD propuesto por EEGSA en el estudio del 28 de julio.

VAD Baja Tensión (BT) - EEGSA vs. CAESS (El Salvador)[1033]



465. En su Réplica y en los reportes de expertos Kaczmarek y Barrera, TGH intenta demostrar que el VAD resultante del estudio de Sigla era injustificado desde un punto de vista financiero e ingenieril[1034]. Los cuestionamientos de TGH y sus expertos parten, sin embargo, 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[1035]. Como ya fue explicado en detalle, la Comisión Pericial fue constituida exclusivamente para corroborar si Bates White había incorporado las observaciones realizadas por la CNEE al estudio tarifario a fin de adecuar dicho estudio a los Términos

1032 Damonte, **Apéndice RER-2**, 234.

1033 M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**, Sección IV.2.2.

1034 Memorial de Réplica, párr. 191-194; Barrera, **Apéndice CER-4**, Sección 6; Kaczmarek, **Apéndice CER-5**, párrs. 86-87.

1035 Memorial de Réplica, párr. 191.

de Referencia[1036]. Es importante tener presente que ni la Comisión Pericial ni Bates White tenían la facultad de modificar los Términos de Referencia una vez que los mismos habían sido aprobados y no cuestionados judicialmente. La única autoridad competente para realizar cualquier cambio a los mismos era la CNEE. Dado que Sigla, a diferencia de Bates White, construyó su estudio tarifario implementando Términos de Referencia finales, el pronunciamiento de la Comisión Pericial era totalmente inaplicable a Sigla.

466. El experto Dr. Barrera cuestiona, en particular, que Sigla no aplicara la FRC establecida por la Comisión Pericial que determinaba un nivel de depreciación de la base de capital del 7 por ciento. No solo el pronunciamiento de la Comisión Pericial no era aplicable a Sigla, sino que además la Comisión Pericial se extralimitó en su mandato al proponer una fórmula de recupero de capital alternativa a aquella establecida en los Términos de Referencia firmes que no había sido recurrida oportunamente por EEGSA. Aún en el caso de que el pronunciamiento fuera legalmente aplicable (lo que Guatemala niega), como lo explican los expertos Ing. Damonte y Abdala y Schoeters, la fórmula propuesta por la Comisión Pericial adolecía de graves defectos técnicos que imposibilitaban su aplicación[1037]. Como ya se explicó más arriba[1038], la CNEE modificó el nivel de depreciación a ser aplicado a la base de capital de las compañías Deorsa y Deocsa cuando ellas lo requirieron y aportaron la información pertinente. En ausencia de dicha información por parte de EEGSA, los Términos de Referencia debían seguir aplicándose para la determinación de las tarifas. Así lo hizo Sigla.

467. El Ing. Damonte responde en detalle en su reporte todos los cuestionamientos de carácter meramente técnico realizados por el Dr. Barrera al estudio de Sigla[1039]. A los fines de este Memorial de Dúplica, sin embargo, basta con comparar el VNR de Sigla con los de las compañías de la región para comprender que no solo los resultados de su estudio son razonables sino que los estudios de Bates White se alejan completamente de

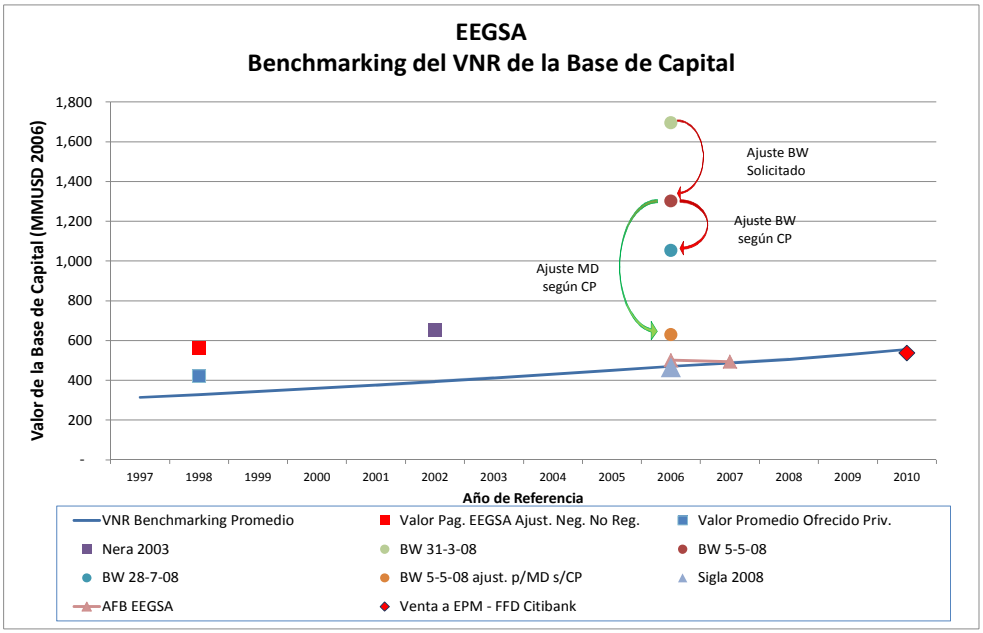
1036 Ver Sección V.E.6.a, más arriba.

1037 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 386; Abdala y Schoeters I, **Apéndice RER-1**, párr. 67.

1038 Ver párr. 330 más arriba.

1039 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 204-212 y 278-283.

la media de la región. Ello surge claramente del estudio de benchmarking realizado por el Ing. Damonte comparando VNRs de 67 compañías en la región:



468. Mientras que el estudio de Sigla 2008 se encuentra un uno por ciento por debajo de la media de la región, el estudio de Bates White del 28 de julio se encuentra un ¡124 por ciento por sobre dicha media![1040].

469. En un esfuerzo por desacreditar esta elocuente evidencia, el Dr. Barrera cuestiona la metodología del benchmarking utilizada por del Ing. Damonte[1041]. En particular, el Dr. Barrera alega que benchmarking no es una técnica utilizada para determinar, en forma independiente el recupero de costo de capital. Como explica el Ing. Damonte, esta crítica no es aplicable y demuestra la falta de entendimiento del Dr. Barrera del estudio.

1040 Damonte I, **Apéndice RER-2**, párr. 252. Notamos que el precio pagado por EPM – FFD de acuerdo a la valuación de Citibank, coincide casi exactamente con el VNR de la empresa estándar representativa de la muestra (sólo es un tres por ciento menor). *Id.*

1041 Barrera, **Apéndice CER-4**, Sección 5.

El benchmarking del Ing. Damonte simplemente no compara costo de capital sino de VNRs[1042].

470. El Dr. Barrera alega también que normalmente los estudios de benchmarking se hacen entre empresas del mismo país solamente y critica la formula utilizada por el Ing. Damonte por ser demasiado sencilla. Si bien es cierto que es preferible utilizar compañías del mismo país, en situaciones como la presente donde no hay comparables locales es perfectamente aceptable tomar muestras internacionales, sobre todo regionales, haciendo los ajustes necesarios para compensar adecuadamente las diferencias en los costos de la mano de obra y los del tipo de cambio como lo hizo el Ing. Damonte[1043]. En cuanto a la fórmula utilizada, como explica en Ing. Damonte, el hecho que haya utilizado una fórmula sencilla como la del modelo Cobb-Douglas no es una falta de mérito sino una virtud de su benchmarking. La fórmula Cobb-Douglas es en efecto la *más* utilizada en econometría para estimar funciones de producción o de costos. En la medida que sus parámetros econométricos estén en los rangos adecuados y su poder de explicación sea suficiente para los fines que se pretende lograr, es la mejor fórmula que puede utilizarse[1044].

471. El Dr. Barrera cuestiona además la muestra de compañías utilizada por el Ing. Damonte por ser algunas de las compañías elegidas más pequeñas y otras más grandes que EEGSA[1045]. Lo primero que es necesario destacar es que EEGSA está entre las seis empresas del centro de la muestra. La segunda consideración es que la naturaleza del negocio de distribución es que su función de producción no cambia significativamente con el tamaño por lo que los resultados presentados siguen siendo plenamente válidos[1046]. El Dr. Barrera alega asimismo que muchas de las compañías de la muestra no son adecuadas para comparar con EEGSA debido a que no utilizan el "método de VNR" para determinar el valor de la base de capital. El caso más relevante es el de

1042 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 329.

1043 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párrs. 330-331.

1044 *Ibid*, párrs. 332-348.

1045 Barrera, **Apéndice CER-4**, párr. 237-238.

1046 Damonte Dúplica, **Apéndice RER-5**, párr. 365.

Brasil respecto del cual el Dr. Barrera dice que el método utilizado es costo de reemplazo optimizado y depreciado. Como explica en detalle el Ing. Damonte, los valores incluidos en el estudio de benchmarking son los correspondientes a la base de capital sin depreciar, o sea brutos. Por lo tanto, son perfectamente comparables con los de EEGSA ya que son valuados con criterio de VNR, optimizados y antes de depreciaciones[1047].

472. En base a todo lo anterior, es claro TGH no logra rebatir la evidencia más clara que ha presentado Guatemala para demostrar que las tarifas de Sigla no sólo están en línea con las de El Salvador, empresa utilizada en la privatización como referencia para fijar las tarifas de EEGSA, sino también que su VNR está en consonancia con la media de los VNRs de 67 compañías en la región. Aún si alguna de las críticas del Dr. Barrera al benchmarking del Ing. Damonte fuera legítima, lo cual Guatemala ha demostrado no es el caso, ello no lograría desvirtuar el hecho que el VNR pretendido por EEGSA en su estudio del 28 de julio y sobre la base del cual TGH reclama sus daños en este arbitraje, se encuentra exorbitantemente fuera de toda media en la región (más 124 por ciento).

12. Las tarifas 2008-2013 fijadas de acuerdo a la LGE atrajeron compradores para las acciones de TGH

473. En su Memorial de Contestación, Guatemala señaló que, con posterioridad a la emisión del nuevo pliego tarifario, TGH recibió por el 100 por ciento de las acciones de DECA II US$ 605 millones (este precio incluyó la asunción por el comprador de la deuda de DECA II y sus subsidiarias)[1048]. Más relevante aún, al vender el control de EEGSA a otro inversor extranjero, EPM, los miembros del Consorcio caracterizaban a la compañía nada menos que como: "EEGSA, una de las mejores y más sólidas empresas del país"[1049]. Los compradores a su vez, no hicieron más que elogiar la empresa adquirida y

---

1047 *Ibid*, párrs 364-378.

1048 Memorial de Contestación, párrs. 445-448. En el caso de EEGSA la deuda asumida fue de US$ 87,6 millones. Ver Oferta Vinculante presentada por Empresas Públicas de Medellín, E.S.P. a Iberdrola Energía, S.A., TP de Ultramar LTD y EDP – Energías de Portugal, S.A. (versión con omisiones), 6 de octubre de 2010, **Anexo C-352**, anexo 2.

1049 Deca II - Presentación Gerencia, septiembre de 2010, **Anexo R-127**, pág. 22.

confirmar que la adquirían sobre la base de las tarifas establecidas por la CNEE y sin esperar aumentos tarifarios adicionales[1050].

474. En su Réplica, sin embargo, TGH argumenta que dada la situación creada por la aplicación del pliego tarifario 2008-2013, TGH tuvo que vender un negocio "en dificultades"[1051]. Como prueba de que decidió vender como consecuencia de las supuestas medidas de Guatemala, TGH cita el texto de las minutas de reunión de directorio que aprobaron dicha venta. Dichas minutas indican "*the Guatemalan government regulator, acting ouside the process prescribed in the Guatemalan electricity law, imposed a significant reduction of the tariff rate for distribution (VAD) on EEGSA in its rate case in August 2008, the subject of the CAFTA claim…*"[1052]. Primeramente, es claro que la minuta del acta de directorio de TGH de fecha 14 de octubre de 2010 fue redactada después de que TGH enviara su Notificación de Intención el 9 de enero de 2009 y justo antes del inicio de este arbitraje el 20 de octubre de 2010, teniendo en cuenta los argumentos que TGH realizaría en este procedimiento, el cuál fue además explícitamente mencionado en el acta. Segundo, la evidencia del caso muestra que la venta de la participación de TGH en EEGSA, tal como fue anunciada al mercado, se debió solo a su interés en concentrarse en sus activos de generación y no a las supuestas medidas adoptadas por Guatemala[1053]. En el mismo sentido, los socios de TGH, Iberdrola y EDP, confirmaron a sus accionistas que la venta de EEGSA respondía exclusivamente a políticas corporativas que no tenían ninguna relación con el proceso de revisión tarifaria de EEGSA en 2008[1054].

1050 "No llevamos bandera, respetamos el arraigo", *Prensa Libre*, 23 de octubre de 2010, **Anexo R-133** y Carta de EPM a Iberdrola sobre la oferta no vinculante, 26 de julio de 2010, **Anexo R-126**. Cabe aclarar que al aceptar el precio ofertado, TGH se basó en una opinión favorable de sus asesores financieros Citi que excluía todo incremento tarifario antes de 2014 (ver carta de Citi al Directorio de Teco Energy, Inc., 14 de octubre de 2010, **Anexo R-128**).

1051 Memorial de Réplica, párrs. 219.

1052 Memorial de Réplica, párrs. 222.

1053 Comunicado de Prensa de Teco: "TECO Energy reports third quarter results", 28 de octubre de 2010, **Anexo R-134**, pág. 1.

1054 Iberdrola explicó a sus accionistas que la venta de EEGSA se debía a su necesidad de asegurar la disponibilidad de capital para efectuar inversiones en México y Brasil:

475. TGH argumenta que las tarifas establecidas para 2008-2013 lo afectaron porque EEGSA recibió substancialmente menos de lo que debía haber recibido si se hubiera aprobado el estudio del 28 de julio[1055]. Como ya se ha explicado en detalle en la Sección V.E.10 más arriba, el estudio del 28 de julio no fue contemplado por el marco regulatorio y reflejaba un VNR y un VAD altamente sobrevaluados y no era, por lo tanto, apto para fijar las tarifas.

476. Como prueba adicional del supuesto efecto que tuvieron las tarifas 2008-2013 en su inversión, TGH hace referencia a la reducción en las calificaciones que recibió EEGSA por las calificadoras de riesgo luego de aprobadas las tarifas en 2008[1056]. Lo que TGH convenientemente ignora informar es que las calificaciones de EEGSA han, en realidad, mejorado sustancialmente desde la emisión de esos reportes a pesar de no haber habido ningún cambio en las tarifas. En efecto, los analistas de riesgo internacionales han reconocido el impacto negativo del alto grado de litigiosidad de Iberdrola y TGH en la gestión de EEGSA. Así, la calificadora Moody's ha mejorado la calificación de las perspectivas de EEGSA como resultado de la "esperada armonía" entre la compañía y la

---

> El objetivo de IBERDROLA es centrar su presencia en Latinoamérica en México y Brasil, que se han convertido en países clave para el crecimiento futuro del Grupo, al ser una de las regiones más dinámicas del mundo. […].
>
> La venta de las participadas en Guatemala se enmarca en el plan de desinversiones de IBERDROLA, cuyo objetivo es mantener la fortaleza financiera del Grupo, optimizar su estructura de capital y asegurar el ritmo de inversión comprometido a los mercados.
>
> La operación se suma a otras anunciadas en 2010 por IBERDROLA […] en Estados Unidos, […] en Chile y en [Guatemala].

Comunicado de Prensa de Iberdrola Energía S.A., 22 de octubre de 2010, **Anexo R-132** (Énfasis añadido).

EDP, por su parte, explicó que la venta obedecía a su estrategia de desinversión en activos no estratégicos en los que la compañía no puede ejercer control. Dijo EDP a sus inversores:

> The sale of these assets is in line with EDP's strategy of divesting non-core assets, such as minority stakes with no synergies with other assets in EDP and where EDP cannot have a relevant role in the management of the company.

Comunicado de Prensa de EDP: "EDP sells its stake in DECA II", 21 de octubre de 2010, **Anexo R-130**.

1055 Memorial de Réplica, párr. 221.

1056 Memorial de Réplica, párrs. 218-219.

CNEE, en particular "dada la litigante relación que sostuvieron los anteriores dueños de EEGSA" con el regulador[1057]. La mejora de la calificación por la salida de Iberdrola y TGH no hace más que confirmar la veracidad de las alegaciones de Guatemala respecto de la actitud litigiosa y abusiva adoptada por EEGSA bajo el control de sus accionistas durante el proceso de revisión tarifaria.

477. La realidad es que tal como lo indicó el Sr. Víctor Urrutia, Gerente de Teco Guatemala, en julio de 2010, "[Guatemala] es un mercado, donde las reglas son claras [y] hay certeza"[1058]. En su Réplica, TGH dedica cuatro párrafos, más el soporte provisto por un experto (Prof. Alegría) y un testigo (Sr. Gillette), a tratar de explicar lo inexplicable: que lo que dijo su Gerente a la prensa en realidad no es cierto. Según TGH, dicha declaración habría sido realizada solo para tratar de "salvar" una de sus inversiones en la planta de electricidad Alborada que habría sido el objeto de tratamiento injusto e injustificado por parte de Guatemala[1059]. Dado que este arbitraje no es el ámbito para discutir las medidas alegadas por TGH respecto de esta planta eléctrica, por la cual, además, TGH no ha realizado reclamo alguno, Guatemala se limitará a presentar a este Tribunal dos reflexiones. Primero, la declaración del Sr. Urrutia es muy clara y no se presta a confusión. Segundo, y más importante aún, si es cierto que, tal como TGH alega, el Gerente de Teco Guatemala realizó declaraciones públicas falsas con el sólo propósito de "llegar a un acuerdo" con la CNNE, esta sola admisión debería ser suficiente prueba de la falta de seriedad y credibilidad de cualquier afirmación por parte de TGH o sus representantes.

13. Es falsa la alegación de TGH de que no existía una obligación de publicar el Pliego Tarifario antes de 1 de agosto de 2008

478. La LGE establece que los pliegos tarifarios deben regir por un plazo de cinco años[1060]. En distintos pasajes de su Réplica, TGH cuestiona que la LGE imponga a la CNEE la

---

1057 "Moody's advierte mejor relación entre EEGSA y regulador", Business News Americas, 14 de diciembre de 2010, **Anexo R**-208.

1058 "Bajan el precio en contrato de Tampa", *Prensa Libre*, 12 de julio de 2010, **Anexo R- 105**.

1059 Memorial de Réplica, párr. 227.

1060 Memorial de Contestación, párrs. 174, 229, 267.

obligación de aprobar pliegos tarifarios cada cinco años, y en particular, que existiere un plazo límite hasta el 1 de agosto de 2008 para que la CNEE fijara el pliego tarifario de EEGSA[1061]. Según TGH, dicha obligación no existiría ya que la LGE y el Reglamento prevén en sus artículos 78 y 99 respectivamente que si a la fecha de vencimiento del pliego tarifario no se hubiere publicado el nuevo pliego tarifario, la CNEE podría seguir aplicando el pliego tarifario anterior con sus formulas de ajuste[1062]. El argumento de TGH es falso.

479. Primeramente, debe decirse que la LGE y el Reglamento establecen claramente en varias de sus disposiciones que el plazo de vigencia del pliego tarifario es de cinco años[1063]. La razón principal para ello es que bajo el principio de eficiencia que impulsa a la LGE se exige que la tarifa refleje el costo real y actual del sistema, incluyendo las nuevas tecnologías que hayan surgido en el período tarifario que permitan mayor eficiencia y las economías de escala que habiliten una reducción del VAD en términos reales. Ello evidentemente no sucede si se continúa con la aplicación de un pliego tarifario vencido, aún si se le aplican fórmulas de ajuste (que nada tienen que ver con el principio de eficiencia). A la vez que establece que el período de vigencia de las tarifas es de cinco años, el artículo 98 del Reglamento (convenientemente omitido por TGH) prevé en su última frase el principio general respecto al momento en que el nuevo pliego debe entrar en vigencia:

> El pliego aprobado y publicado por la Comisión regirá a partir del primer día del vencimiento del pliego tarifario anterior[1064].

1061 Memorial de Réplica, párrs. 159-160.

1062 *Ibid*, párrs. 87-88 y 160

1063 LGE, **Anexo R-8**, artículo 77: "La metodología para la determinación de las tarifas será revisada por la Comisión cada cinco (5) años […]"; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 84: Período de Vigencia de las Tarifas. Los costos de suministro para el cálculo de las Tarifas Base serán calculados cada cinco años y se basarán en la estructura de una empresa eficiente; Reglamento, **Anexo R-36**, artículo 95: Aprobación de Tarifas. Las tarifas a usuarios de servicio de Distribución Final, sus fórmulas de ajuste, las estructuras tarifarias determinadas en función de dichas tarifas, los cargos por corte y reconexión, serán aprobados cada cinco años y tendrán vigencia por ese período". (Énfasis añadido)

1064 Reglamento, **Anexo R-36**, art. 98.

480. El Reglamento, sin embargo, prevé una solución de contingencia para el caso en que vencido el pliego tarifario, no se haya aprobado y publicado el nuevo pliego (por ejemplo, porque la justicia ha frenado su publicación, o porque la CNEE ha incumplido con su obligación legal de publicar el pliego a tiempo). Esto es precisamente lo que se dispone en el artículo 99 del Reglamento, al prever la posibilidad de que se sigan aplicando las tarifas del quinquenio anterior, con sus fórmulas de ajuste, cuando el pliego tarifario no ha sido publicado por culpa de las autoridades guatemaltecas. Lo que TGH omite indicar es que incluso en estos casos, dichas tarifas solo pueden aplicarse por nueve meses después de vencido el plazo de vigencia del pliego tarifario. La razón es simple, tal como explica el Ing. Colom, la LGE no impulsa tarifas ineficientes y la solución del artículo 99 es una solución no deseada y de emergencia, puesto que la obligación de la CNEE es publicar el pliego tarifario cada cinco años.

481. El juego del Reglamento en los artículos 98 y 99 sobre esta cuestión es habitual en la técnica legislativa. En el artículo 98 se estipula la regla general (las tarifas deben regir a partir del vencimiento del pliego tarifario anterior), y en el artículo 99 se estipula una solución de contingencia en el caso que la regla general no se cumpla (la continuidad del pliego tarifario anterior ajustado por un máximo de 9 meses). Ello porque tal como se prevé en el mismo artículo 99 del Reglamento "en ningún caso la actividad de Distribución Final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente"[1065]. Como es evidente, de aceptarse el argumento de TGH de que no existía ninguna obligación de la CNEE de publicar el pliego el 1 de agosto de 2008[1066], la última frase del artículo 98 carecería de todo efecto jurídico, ya que la disposición del artículo 99 pasaría a ser la regla general.

482. La mejor prueba del entendimiento de esta obligación está en la realidad de los hechos. Tal como confirma el Ing. Colom en su declaración de Dúplica, la CNEE (y todos los participantes en el proceso de revisión) siempre entendieron que la fijación del pliego tarifario quinquenal es una obligación, cuyo incumplimiento hace responsables a los

1065 *Ibid*, art 99.

1066 Memorial de Réplica, párr. 160.

Directores de la CNEE[1067]. Prueba de ello es que, tal como lo confirma el Ing. Colom, en la historia de la CNEE jamás se ha recurrido al plazo extra del artículo 99 para fijar un pliego tarifario.

483. Por lo demás, tal como confirma el Ing. Colom a pesar de que TGH ahora pretende negarlo[1068], todos los intervinientes en el proceso de revisión eran conscientes de la obligación de publicar las tarifas el 1 de agosto de 2008. Ello es confirmado por el Ing. Bastos en su declaración testimonial:

> Mi oferta económica, que se incorporó a mi contrato con la CNE comprendía toda la labor de la Comisión Pericial. De mis conversaciones con los Sres. Quijivix y Calleja me quedó claro que la función de la Comisión Pericial se daría por cumplida una vez publicado el nuevo cuadro tarifario de EEGSA, programado para el 1 de agosto de 2008.
>
> Tal como expliqué en mi primera declaración, ante la cantidad y la complejidad de las discrepancias, sumadas al hecho de que las nuevas tarifas de EEGSA debían publicarse antes del 1 de agosto de 2008, los miembros de la Comisión Pericial acordaron que el Sr. Giacchino transmitiría a Bates White la decisión de la Comisión Pericial[1069].

484. En su declaración, el Lic. Calleja confirma lo expresado por el Ing. Bastos:

> EEGSA contempló seriamente la posibilidad de impugnar el Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 tras su dictado, pero finalmente decidió no hacerlo debido a que no queríamos perjudicar nuestra relación con la CNEE antes de la revisión tarifaria de EEGSA para 2008-2013. Los abogados de EEGSA me informaron, además, que ninguna impugnación judicial se resolvería de manera definitiva con anterioridad a la culminación del proceso de revisión tarifaria de EEGSA prevista para el 1º de agosto de 2008[1070].

485. Por su parte, el Ing. Maté ha confirmado el mismo entendimiento en su declaración de testigo en el caso *Iberdrola*:

1067 Colom Dúplica, **Apéndice RWS-4**, párr. 50.

1068 *Ibid.*

1069 Bastos Réplica, **Apéndice CWS-7**, párr. 7 (Énfasis añadido).

1070 Calleja Réplica, **Apéndice CWS-9**, párr. 10 (Énfasis añadido).

> Dado que la Comisión Pericial disponía de 60 días naturales desde el 16 de junio de 2008 pero la vigencia de las tarifas utilizadas en ese momento vencia el 31 de julio, ambas partes estuvimos de acuerdo en solicitar a la Comisión Pericial que tratase de emitir su pronunciamiento con tiempo suficiente para poder establecer las nuevas tarifas según ese pronunciamiento antes del 1 de agosto de 2008.[1071]

486. En consecuencia, es claro que tanto los peritos de la Comisión Pericial, como los propios representantes de EEGSA y testigos en este arbitraje confirman que el entendimiento de todas las partes involucradas era que existía una obligación de la CNEE de publicar las tarifas con fecha 1° de agosto de 2008. Si bien el Reglamento incluía en el artículo 99 una previsión para el caso de que las tarifas no se hubieren publicado, la aplicación de este procedimiento de contingencia ya suponía un incumplimiento por parte de la CNEE con sus obligaciones de aprobar los nuevos cuadros tarifarios dentro del plazo previsto por la LGE.

F. TGH INSISTE CON INTENTAR "POLITIZAR" LA PRESENTE DISPUTA A FIN DE ELEVARLA AL PLANO INTERNACIONAL

487. En su Contestación, Guatemala denunció los intentos de TGH por dar a la presente disputa un carácter político que evidentemente no tiene, con el fin de darle color internacional[1072]. Para ello, TGH había en su Demanda presentado un tergiversado relato refiriendo a campañas de presión y hostigamiento de parte de Guatemala contra EEGSA y sus directivos[1073]. Explicó Guatemala cómo la orden de aprehensión contra dos directivos de EEGSA dictada por un remoto juzgado provincial de primera instancia como resultado de una denuncia de un particular había sido inmediatamente (dos días después de dictada) revocada por la Corte de Apelaciones en Ciudad de Guatemala[1074]. También explicó Guatemala que los propios Directores de la CNEE habían sido objeto de denuncias similares, que les obligaba a ponerse a disposición de la justicia cuando

---

1071 Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala (Casio CIADI No. ARB/09/05), Declaración de testigo de Luis Maté, parr. 32, **Anexo R-149**.

1072 Memorial de Contestación, párrs. 31-33.

1073 Memorial de Demanda, párrs. 200-219

1074 Memorial de Contestación, párrs. 456-457

eran requeridos, a la espera de que fueren oportunamente desestimadas[1075]. Asimismo, el desesperado intento de TGH por elevar la presente disputa al rango internacional incluyó un insólito reclamo que intentaba (mediante su simple alegación y sin ningún atisbo de evidencia) relacionar el robo de un laptop del Lic. Calleja de su auto en Ciudad de Guatemala con una acción del Gobierno[1076]. TGH no presentó en su Demanda ningún elemento sustancial que probara sus alegaciones "políticas" y no lo ha hecho tampoco en la Réplica.

488. En su Réplica, TGH lo intenta nuevamente. Si bien apenas reitera al pasar el incidente del robo del laptop del Lic. Calleja, TGH vuelve a insistir en su queja contra la orden de aprehensión a dos de sus directivos, solicitando a Guatemala que explique las razones por las que la "Procuraduría" solicitó dicha orden[1077]. Además, agrega un nuevo argumento de tinte político, esta vez, en relación con la decisión de la Corte de Constitucionalidad de 24 de febrero de 2010 que revocó la decisión del Juzgado octavo del Ramo Civil[1078]. En ese respecto, el experto Alegría, alega que "los dos magistrados de la Corte de Constitucionalidad que emitieron un voto disidente en la causa anterior [es decir, la primera decisión de la Corte de Constitucionalidad, de 18 de noviembre de 2009][1079], no fueron elegidos para formar parte de la Corte que entendió en ésta [de 24 de febrero de 2010]"[1080]. Nuevamente, los argumentos de TGH no solo no son convincentes sino, como se explica a continuación son también falsos.

489. Respecto de la supuesta persecución penal de que fueron víctimas dos de los directivos de EEGSA en Guatemala, en virtud de ciertas denuncias privadas por una empresa de generación, TGH pide a Guatemala que explique las razones por las cuáles la "Procuraduría" habría pedido la orden de aprehensión al Juzgado de Amatitlán[1081]. En

1075 *Ibid*, párr. 458.

1076 Memorial de Demanda, párr. 206.

1077 Memorial de Réplica, párr. 212.

1078 *Ibid*, párr. 210

1079 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105**.

1080 Alegría, **Apéndice CER-1**, párr. 80.

1081 Memorial de Réplica, párr. 208.

primer lugar, corresponde destacar que la supuesta "Procuraduría" que presenta TGH es en realidad una agencia de la Fiscalía Municipal, es decir, un ente descentralizado y local. También corresponde reiterar una serie de elementos que TGH omite aclarar: que para el momento en que se libró la referida orden de aprehensión, los pliegos tarifarios del VAD ya estaban vigentes hacia casi un mes. Asimismo, la denuncia en cuestión, fue una de muchas denuncias iniciadas por este particular, y que también alcanzan a los directores de la CNEE, tal como ha explicado el Ing. Moller[1082]. Finalmente, la cuestión fundamental en esta cuestión, que TGH omite explicar adecuadamente, es que la orden de aprehensión en cuestión fue revocada a los dos días de su dictado por la Corte de Apelaciones en Ciudad de Guatemala[1083]. Así, mal puede TGH presentar este hecho con un tinte político y relacionarlo con esta disputa, cuando la evidencia (reconocida por la propia TGH[1084]) muestra que se trató de un hecho aislado, impulsado por una fiscalía local en una corte provincial, que tuvo lugar una vez que los pliegos tarifarios de EEGSA ya se encontraban en vigor, y que en cualquier caso fue corregido por los tribunales de la Ciudad de Guatemala con una celeridad procesal sorprendente. En cualquier caso, como se explicó en la Contestación y tal como también les tocó experimentar a los propios directivos de la CNEE[1085], el deber de someterse a procesos judiciales es una consecuencia inevitable de vivir en un estado de derecho y desempeñar funciones ligadas a los servicios públicos. El argumento oportunista de TGH en este sentido es una pobre intento por politizar una disputa técnica que debe ser desechado.

490. En segundo lugar, tampoco es procedente la alegación de TGH de que dos de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad (según TGH, los Lics. Mario Pérez Guerra [Roldán] y la Lic. Gladys Chacón Corado) que votaron de manera disidente en la sentencia de [18 de noviembre de 2009] "no fueron elegidos" para integrar la Corte de Constitucionalidad que conoció la apelación de la sentencia del segundo proceso

1082 Moller **Apéndice RWS-2**, párr. 51.

1083 Decisión de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, Amparo 52-2008 del 2 de septiembre de 2008, **Anexo C-301**.

1084 *Ver* Maté, **Apéndice CWS-6**, párrs. 71-72.

1085 Memorial de Contestación, párr. 458.

resuelto por dicha Corte, con sentencia de 24 de febrero de 2008[1086]. Tal alegación contiene en primer lugar una grave falsedad material. No es cierto que el magistrado Mario Pérez Guerra Roldán –que en la sentencia de 18 de noviembre de 2009 votara de manera disidente por motivos procesales[1087]– estuviera ausente en la decisión de 24 de febrero de 2010. Tal como surge de la hoja de firma de la decisión de 24 de febrero de 2010, el Lic. Pérez Guerra Roldán votó en esa decisión, y lo hizo en contra de EEGSA de manera unánime con el resto de magistrados[1088].

491. Así, la única magistrada que no firmó la segunda sentencia fue la Lic. Gladys Chacón Corado, pero su ausencia no tuvo nada de irregular. Los magistrados de la Corte de Constitucionalidad no son "elegidos" por una autoridad superior como equívocamente parece sugerir TGH, sino que existe un sistema de designación de magistrados titulares y suplentes, común a la mayoría de los sistemas judiciales del mundo. En efecto, conforme a la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC)[1089], no existe ninguna obligación de que todas las sentencias de la Corte de Constitucionalidad deban ser firmadas por los magistrados titulares, pudiéndose llamar a los suplentes para llenar las ausencias y las vacantes temporales de los jueces titulares. En el caso de la Lic. Chacón Corado, su ausencia temporal se hizo constar en la resolución de la Corte de Constitucionalidad, previa a la sentencia de 24 de febrero de 2010, por medio de la cual se habilitó a su suplente, el licenciado Vinicio Rafael García Pimentel para integrar el quórum de la Corte de Constitucionalidad para dicha resolución[1090].

492. En definitiva, TGH persiste en presentar hechos en forma equívoca o directamente falsa para intentar dar un cariz político y crear la falsa idea de la existencia de una

---

1086 Memorial de Réplica, párr. 210.

1087 Debe aclararse que el voto disidente del Lic. Pérez Guerra Roldán en la sentencia de 18 de noviembre se basó en cuestiones procesales, ya que dicho magistrado reconoció en su voto que "comparte el criterio de que es la [CNEE] la facutada para determinar las tarifas a consumidores finales del servicio eléctrico y que el "pronunciamiento" de la Comisión Pericial no es vinculante". Ver Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 18 de noviembre de 2009, **Anexo R-105.**

1088 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110,** pág. 37.

1089 Decreto No. 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, **Anexo C-5**, 8 de enero de 1986, arts. 150 y 179.

1090 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, 24 de febrero de 2010, **Anexo R-110**, pág. 2.

persecución en contra de EEGSA orquestada por el Gobierno. Una vez más, la falta de fundamento concreto para sus alegaciones queda expuesta con facilidad.

VI. TGH NO HA SUFRIDO NINGÚN DAÑO

493. La posición de Guatemala en este arbitraje es que el Tribunal debe rechazar la reclamación de TGH por falta de jurisdicción por no ser una disputa bajo el Tratado, y que aun si se analizara la reclamación en el fondo, TGH no demuestra ninguna violación del único estándar que invoca: el estándar de trato mínimo internacional. Además, TGH interpreta incorrectamente, como una cuestión de derecho local, el marco regulatorio aplicable para la revisión tarifaria.

494. Sin embargo, aunque tuviera razón en todo esto (que no la tiene), TGH no puede demostrar que haya sufrido daño alguno, como ya se ha explicado en el Memorial de Contestación y se reitera en esta sección[1091]. Nótese que la razón por la cual no existió un daño a TGH es que el mercado validó en octubre de 2010 un precio de venta de las acciones de TGH en EEGSA que no se desvía significativamente del valor que hubiese obtenido TGH en ausencia de las presuntas medidas reclamadas.

495. La cuestión fundamental que separa a las partes sobre el cálculo de los presuntos daños es cuál hubiera sido el valor de EEGSA y de la participación de TGH en EEGSA si la CNEE no hubiera fijado las tarifas en base al estudio Sigla. Se trata del llamado valor en el escenario contra-fáctico. A este valor se le resta el llamado valor en el escenario real, para deducir los supuestos daños. Ambas partes coinciden prácticamente en cuál es el valor real, entre otras cosas porque la venta de EEGSA a una tercera parte "at arm's length" es la mejor referencia de dicho valor[1092]. Por lo tanto, la cuestión a considerar es la razón por la cual existen diferencias en el escenario contra-fáctico.

496. En este sentido, TGH, a través de su experto Kaczmarek de NCI, vuelve a calcular dicho valor contra-fáctico y el supuesto daño, en su informe de Réplica, en modo totalmente autorreferencial, es decir asumiendo en modo axiomático y sin cuestionamiento que su

1091 Memorial de Contestación, párrs. 591-626; M Abdala y M Schoeters, **Apéndice RER-1**.

1092 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párr. 32.

posición sobre la revisión tarifaria y en concreto los aspectos técnico-financieros de dicha revisión son correctos. TGH no ha presentado ningún cálculo alternativo que sirva para verificar dicho análisis, a diferencia de los peritos Abdala y Schoeters quienes presentaron el RAB como verificación del VNR corregido por Damonte[1093].

497. Por ello, el cálculo de TGH del supuesto daño adolece de vicios fundamentales que lo invalidan, lo que ilustra doblemente los errores elementales que TGH comete en la interpretación del marco regulatorio. Dichos errores son fundamentalmente un VNR muy sobreestimado y un FRC conceptualmente equivocado, puesto que remunera excesivamente a EEGSA y a TGH. Todo esto redunda en un VAD y por tanto unas tarifas muy por encima de las correctas. Las correcciones efectuadas por los peritos Abdala y Schoeters, de Compass Lexecon, así como diversos métodos alternativos de valuación que éstos peritos proponen, prueban que los presuntos daños son prácticamente inexistentes. Estos puntos se desarrollan a continuación.

A. EL CÁLCULO CONTRA-FÁCTICO DE KACZMAREK ES AUTORREFERENCIAL Y CARECE DE UN VERDADERO SOPORTE TÉCNICO-FINANCIERO

498. La posición de TGH en este arbitraje es que en la revisión tarifaria de 2008 la CNEE debería haber aprobado las tarifas que surgían del estudio tarifario de Bates White de 28 de julio de 2008, en lugar del estudio Sigla. En consecuencia, su perito Kaczmarek calcula el valor contra-fáctico de la participación de TGH en EEGSA, es decir el valor sin las medidas que se reprochan a la CNEE, sobre la base de dicho estudio[1094]. En el Memorial de Demanda, TGH no daba ninguna explicación técnico-financiera de por qué el estudio de Bates White de 28 de julio, y no el estudio Sigla, era el correcto[1095]. Se tomaba dicho estudio de Bates White y basta.

499. En el Memorial de Contestación, Guatemala expuso esta evidente deficiencia, la ausencia de cualquier soporte técnico-financiero que justificara la adopción del estudio

1093 *Ibid***,** párrs. 24, 45-50.

1094 Kaczmarek Réplica, **Apéndice CER-5**, párrs. 56-103; Kaczmarek, **Apéndice CER-2**, párr. 153 y Capítulo IX.

1095 Memorial de Contestación, párr. 522.

Bates White[1096]. TGH se dio cuenta y, en el Memorial de Réplica, ha presentado un informe pericial, el del perito Barrera, para que justifique dicho enfoque. Pero nótese la inevitable conclusión a la que esta secuencia nos lleva: el informe Barrera es un análisis preconcebido: se parte del resultado, el estudio Bates White de 28 de julio, y se confecciona un análisis a medida para dignificarlo. No es coincidencia que Barrera se limite a hacer una defensa acérrima y acrítica de dicho estudio de Bates White.

500. Por lo tanto, TGH sigue tomando el estudio Bates White de 28 de julio como un dogma intocable sobre el que deberían haberse fijado las tarifas en 2008. No hay un verdadero análisis genuino de su validez, ni una posición de "fall back" ni un cuestionamiento, por pequeño que sea, de dicho estudio. Luego, también sin cuestionamiento, Kaczmarek se basa en el mismo estudio para determinar el valor contra-fáctico de la participación de TGH. Es decir, el ejercicio es totalmente autorreferencial: el estudio de Bates White es el input indiscutible, y no hay un ejercicio técnico-financiero independiente que pruebe que dicho estudio y en consecuencia la valuación de Kaczmarek son correctos.

501. Como explican los expertos Abdala y Schoeters en su informe

> Las razones que esgrime NCI [Kaczmarek] para seguir utilizando un VNR demasiado elevado y un FRC inapropiado, que no computa correctamente el efecto de las depreciaciones, parecen ajustarse a su interpretación legal del reclamo, en la cual se estarían determinando los presuntos daños de acuerdo a una fijación tarifaria acorde al estudio de Bates White de julio de 2008, independientemente de que dicho estudio contenga o no recomendaciones válidas, completas o razonables desde el punto de vista regulatorio o económico. En los múltiples argumentos presentados por NCI, no hemos encontrado explicación alguna, regulatoria o económicamente válida, que intente defender la razonabilidad de las recomendaciones que surgen de la aplicación del estudio de Bates White de julio de 2008[1097].

502. La posición de TGH contrasta con la de Guatemala y de los peritos independientes Damonte, de Quantum, y Abdala y Schoeters. En vez de adoptar, a ciegas, la posición de

---

1096 *Ibid*.

1097 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párr. 6.

la CNEE y el estudio Sigla, Damonte reconsidera el estudio tarifario de Bates White emitido de acuerdo a lo previsto en el marco regulatorio de 5 de mayo de 2008, corrigiéndolo en base al dictamen de la Comisión Pericial así como respecto de otras deficiencias contenidas en dicho estudio. Sobre esta base, los peritos Abdala y Schoeters establecen las tarifas que se hubieran aplicado en un escenario contra-fáctico y realizan su análisis del valor de la participación de TGH en EEGSA en dicho escenario[1098].

503. En consecuencia, el análisis de los peritos Abdala y Schoeters no es autorreferencial, sino basado en un soporte técnico-financiero, el análisis de Damonte, enteramente independiente de la posición de la CNEE en la revisión tarifaria. Es por ello que el resultado de los informes de los peritos Abdala y Schoeters, que concluyen que el valor de la participación de TGH en un escenario contra-fáctico hubiera sido prácticamente el mismo que surge de la aplicación de las tarifas según el estudio Sigla y también el valor que obtuvo TGH en la venta de su participación a EPM en octubre de 2010, prueba la razonabilidad de las tarifas que aprobó la CNEE en base al estudio Sigla y que, de existir daño, el mismo sería casi nulo[1099].

B. EL CÁLCULO DE KACZMAREK SE BASA EN UN VNR SOBREVALUADO Y UN FRC EQUIVOCADO

504. Como consecuencia de aceptar sin cuestionamientos el estudio Bates White de 28 de julio, el cálculo de Kaczmarek replica los mismos errores de dicho estudio, principalmente el VNR sobrevaluado y un FRC equivocado. Estos dos aspectos son esenciales puesto que determinan que el VAD, y por tanto el nivel tarifario que Kaczmarek considera en la proyecciones de su escenario contra-fáctico, estén totalmente equivocados, lo cual hace inservible todo su análisis.

505. Como explican Abdala y Schoeters en su segundo informe respecto del VNR:

> En cuanto al valor de la base de activos, NCI interpreta que el VNR de US$ 1.102,2 millones a diciembre de 2006 calculado por Bates White en julio de 2008 es el

1098 *Ibid***,** párrs. 20-31.

1099 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párrs. 15, 41-44.

> VNR adecuado que la CNEE debería haber adoptado en ausencia de las medidas. Nosotros disentimos con esa opinión. Tal como lo demuestra el experto Ing. Mario Damonte, el VNR de ese ejercicio adolece de errores y omisiones en la implementación del dictamen de la Comisión Pericial ("CP"), y por lo tanto la CNEE no hubiese podido utilizarlo como una alternativa válida y razonable para determinar las tarifas. El VNR presentado por NCI en sus dos informes y utilizado como escenario base en su modelo de daño se encuentra por encima del calculado por el Ing. Damonte en un 67%, lo que provoca en gran medida que el valor agregado de distribución ("VAD") que NCI calcula en su ejercicio de valuación *contra-fáctico* sea 96% y 44% mayores que las que computamos nosotros, para baja tensión y media tensión, respectivamente[1100].

506. Respecto del FRC, el error del estudio Bates White de 28 de julio y de Kaczmarek es considerar que EEGSA puede recibir rentabilidad sin tener en cuenta la verdadera depreciación del VNR, computando solo la depreciación del quinquenio, lo que sobre-remunera a EEGSA y TGH. Como explican Abdala y Schoeters:

> Considerar solamente la depreciación esperada del quinquenio, en vez de la depreciación acumulada de los bienes al momento de la revisión, resulta en un FRC que sobre-remunera a la inversión de la empresa a lo largo de la vida útil de sus activos. Esto se demuestra fácilmente mediante el test del valor presente neto ("VPN"). Este sencillo test establece que el VPN de las tarifas a ser recibidas por la empresa regulada durante la vida útil de sus activos sea, *ex ante*, igual al VNR inicial. Utilizando el test del VPN, demostramos en nuestro Primer Informe que el esquema propuesto por la CP sobre-remunera al inversor[1101].

1100 *Ibid***,** párr. 4.

1101 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párr. 29.

507. Damonte explica estos errores en detalle en su informe, como ya se ha explicado arriba[1102].

C. SI SE CORRIGEN LOS ERRORES DE KACZMAREK LOS PRESUNTOS DAÑOS DESAPARECEN

508. Corrigiendo los errores del análisis de Kaczmarek, principalmente los indicados anteriormente, los presuntos daños identificados por este perito, tanto los "flujos históricos" dejados de percibir, es decir, los del periodo entre agosto 2008 y octubre 2010 cuando TGH vendió su participación en EEGSA, como el daño futuro, es decir la supuesta pérdida de valor de la participación de TGH por los menores flujos que se hubieran producido desde dicho momento en adelante, prácticamente desaparecen.

509. Los peritos Abdala y Schoeters ilustran el resultado de los ajustes en la siguiente tabla[1103]:

Valuación de EEGSA (al 21-oct-10)	Contra-fáctico	Real	
		FFD Citibank	EBITDA pro-rata
Valor Empresa	594,9	582,0	518,2
Deuda Neta de EEGSA	87,6	87,6	87,6
Valor del Capital Accionario	507,3	494,4	430,6
Valor del Capital Accionario de TGH (24,26%)	**123,1**	**120,0**	**104,5**
Flujos a TGH			
Flujos Históricos	13,8	24,4	24,4
Flujos Futuros	123,1	120,0	104,5
Total	**136,9**	**144,3**	**128,8**
Presuntos Daños Totales a TGH		**0,0**	**8,1**

510. Como se puede observar, el supuesto daño oscilaría entre cero y US$ 8,1 millones. Como también se puede observar, en el inmediato, es decir, respecto de los flujos históricos entre agosto 2008 y octubre 2010, en realidad EEGSA y TGH no solo no sufren un daño, sino que experimentan un incremento de dichos flujos. La razón es

1102 Ver Sección V.E.10.

1103 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4**, párr. 78, Tabla VI.

sencilla: en el escenario real EEGSA invirtió menos, generando mayores fondos disponibles para los accionistas. Como explican los peritos Abdala y Schoeters:

> La principal razón que genera un presunto daño histórico negativo es que, como explicamos en nuestro Primer Informe, desde la vigencia del nuevo cuadro tarifario en agosto de 2008, los gastos de inversión realizados por EEGSA disminuyeron significativamente, generándole un ahorro de caja considerable. En los primeros dos años regulatorios (desde 1 de agosto 2008 al 31 de julio de 2010), las inversiones totales según los estados financieros, fueron al menos US$ 33.9 millones menores a las estipuladas por Sigla para esos mismos dos años (y por ende, a las que fueron remuneradas a través de las tarifas). Multiplicando esta cifra por el 24,26% de participación de TGH, concluimos que TGH tuvo un "ahorro" de inversiones de US$ 8,2 millones. Este ahorro explica gran parte de los US$ 10.6 millones de daño histórico negativo.
>
> Lo que explica entonces este resultado que a NCI le parece poco intuitivo es que la empresa, en el escenario *real*, decidió invertir mucho menos de lo que habitualmente invertía y de lo estimado en los estudios tarifarios. Si bien nosotros no podemos determinar si la decisión de los accionistas de retirarse del negocio fue producto de las presuntas medidas, como argumenta NCI, si éste fue el caso, no debería resultar extraño que los accionistas hayan maximizado sus retornos vía distribución del efectivo disponible (i.e., dividendos) en lugar de realizar inversiones en la red[1104].

511. A fin de proporcionar al Tribunal parámetros objetivos para juzgar la razonabilidad de los resultados obtenidos por los expertos Abdala y Schoeters, en su valuación éstos reiteran la comparación de las tarifas que se desprenden de su valuación con las de una empresa comparable en El Salvador, y el método de la base tarifaria contable[1105].

1104 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párrs. 70-71.

1105 *Ibid***,** párrs. 41-50.

Kaczmarek dedica apenas dos páginas a estos dos parámetros, esencialmente sin refutar el análisis de los peritos Abdala y Schoeters[1106].

512. A su vez, los expertos Abdala y Schoeters presentan en su segundo informe un elemento adicional de razonabilidad que consiste en el cálculo de la TIR prospectiva al momento de la segunda revisión tarifaria (2008) la cual, usando el modelo corregido por los peritos Abdala y Schoeters, resulta en un valor de 7.3%, en línea con el requerimiento regulatorio de 7%[1107].

D. LA VALUACIÓN POR COMPARABLES DE KACZMAREK ES PROFUNDAMENTE INCORRECTA

513. Kaczmarek vuelve a cometer errores fundamentales en la valuación por comparables que, según él, debería apoyar su cálculo del supuesto daño. Se trata de errores elementales como: considerar un reducido número de observaciones, que son además comparables lejanos, con características diferentes a las de EEGSA; y promediar los resultados haciendo ponderaciones que dan mayor peso a las muestras de mayor valor, redundando intencionalmente en un resultado artificialmente mayor también para EEGSA. A su vez, la utilización del EVITAD obtenido por Kaczmarek a través de su valuación por FFD, el cual se encuentra sobre-estimado, incrementa aún más el resultado de su valuación por comparables.

514. Abdala y Schoeters ilustran la facilidad con la cual el estudio puede ser corregido, con el simple hecho de, por ejemplo, excluir una o dos muestras, como se ilustra en la siguiente tabla[1108]:

1106 Kaczmarek Réplica, **Apéndice CER-5**, párrs. 166-173.

1107 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párrs. 65-67.

1108 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párr. 35, Tabla II.

Método de Valuación	Valor de Empresa de EEGSA		
	NCI	Exclusión de Observaciones más Altas	
		1 obs.	2 obs.
Empresas Abiertas Comparables	1.528,3	1.086,9	693,5
Variación		*-29%*	*-55%*
Transacciones Comparables	1.767,9	1.392,5	1.040,0
Variación		*-21%*	*-41%*

515. Es decir, los resultados pueden variar fácilmente entre un 41% y un 55%, con lo cual el análisis de Kaczmarek carece de credibilidad.

516. Abdala y Schoeters también ilustran la facilidad con la cual el estudio puede ser corregido utilizando la mediana de la muestra presentada por Kaczmarek y utilizando el EBITDA de la valuación por FFD corregida. Los resultados obtenidos luego de estas correcciones se encuentran en línea con el resultado de la valuación por FFD corregida por los expertos Abdala y Schoeters. Dichos resultados se presentan en la siguiente tabla[1109]:

Escenario	Ref.	Valor de Empresa de EEGSA			
		Compañías Abiertas Comparables		Transacciones Comparables	
		NCI	Corregido	NCI	Corregido
Escenario Contra-Fáctico					
Múltiplo	[a]	8,14x	6,63x	9,42x	7,36x
EBITDA de EEGSA	[b]	187,7	85,9	187,7	85,9
Valor Empresa	[c] = b*a	**1.528,4**	**569,8**	**1.767,8**	**632,5**
Escenario Real					
Valor Empresa	[d]	**521,2**	**518,2**	**602,8**	**518,2**
Presunto Daño Futuro a TGH	[e] = c-d	**244,4**	**12,5**	**282,7**	**27,7**
Presunto Daño Histórico a TGH	[f]	**21,1**	**(10,6)**	**21,1**	**(10,6)**
Presunto Daño a TGH	[g] = e+f	**265,5**	**2,0**	**303,8**	**17,2**

1109 *Ibid*, párr. 39, Tabla III.

E. LA TIR DE KACZMAREK TAMBIÉN ES INCORRECTA. CALCULADA EN MODO CORRECTO, LA TIR DE EEGSA ES CONSISTENTE CON EL MARCO REGULATORIO

517. Kaczmarek intenta demostrar que para que TGH obtuviera una tasa interna de retorno (TIR) del orden del 7%, como establece el marco regulatorio según el propio Kaczmarek, las tarifas deberían haber sido las del estudio Bates White de 28 de julio; sin ellas la TIR es cercana a cero[1110]. El análisis de Kaczmarek es totalmente incorrecto, por varias razones fundamentales que Abdala y Schoeters han identificado en su informe[1111]:

(a) Kaczmarek se refiere a una TIR del accionista, que el marco regulatorio simplemente no contempla. El marco regulatorio se refiere a una TIR de la distribuidora, en este caso EEGSA;

(b) Kaczmarek incluye no solo las actividades que se encuentran remuneradas con el VAD sino que también incluye actividades que no se encuentran abarcadas por el marco regulatorio en discusión, es decir actividades no reguladas, por lo que son ajenas a las presuntas medidas;

(c) Kaczmarek hace el cálculo de la TIR desde 1998, y por lo tanto cubre un periodo respecto al cual los resultados de EEGSA no pueden ser imputados a la revisión tarifaria de la CNEE de 2008, que es lo que está en debate en este caso;

(d) Kaczmarek toma en cuenta, para su TIR, el precio ofertado en la licitación, cuando nada en el marco regulatorio lo permite. El marco regulatorio se refiere a retorno sobre el VNR, que es un concepto totalmente distinto al de precio pagado en la privatización de EEGSA. Si éste fue demasiado alto, esto es un riesgo empresario no imputable a la CNEE.

1110 Kaczmarek Réplica, **Apéndice CER-5**, párrs. 142-161.

1111 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párrs. 51-67.

518. Haciendo estas correcciones tan elementales surge que la TIR de EEGSA es acorde con el marco regulatorio solo si se sigue el análisis de los peritos Abdala y Schoeters, mientras que en el análisis de Kaczmarek, es decir si se hubieran aplicado las tarifas del estudio Bates White de 28 de julio, la TIR hubiera sido más de dos veces superior[1112]:

Tasa Interna de Retorno Prospectiva Tercer Quinquenio (2008-2013)	Base de Capital	
	VNR Damonte	RAB
Escenario Contra-fáctico		
Modelo de Valuación A&S	7,3%	7,6%
Modelo de Valuación NCI	16,0%	16,6%

F. INTERESES PRE Y POST LAUDO

519. Kaczmarek objeta a la aplicación de la tasa libre de riesgo desde el momento en que TGH se desprende de su participación indirecta en EEGSA. Abdala y Schoeters explican claramente porque dicha tasa es la aplicable:

> Desde la fecha de valuación en adelante consideramos apropiado actualizar los presuntos daños utilizando la tasa libre de riesgo, ya que es nuestro entendimiento que TGH se desprendió voluntariamente de su participación indirecta en EEGSA, y por lo tanto no estuvo expuesta al riesgo de operar la compañía desde ese momento en adelante. […]
>
> […]
>
> NCI argumenta que una tasa mayor a la libre de riesgo debería ser usada para actualizar los flujos históricos y futuros de la valuación. Para el período en que los demandantes estaban sujetos al riesgo de operación de EEGSA (*i.e.*, antes de la venta de su participación), no tenemos discrepancias conceptuales con NCI. Pero si la Demandante vendió su participación de los activos en forma voluntaria, no consideramos que corresponda aplicar una tasa ajustada por riesgo, ya que desde octubre 2010 en adelante la Demandante no estuvo

1112 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párr. 66, Tabla V.

> sujeta a los riesgos del negocio de la distribución eléctrica en Guatemala. Tampoco se ha determinado que en ausencia de las presuntas medidas, la Demandante hoy todavía tendría una participación accionaria en EEGSA. Al decidir voluntariamente no exponerse más a los riegos de EEGSA, no le correspondería a la Demandante recibir retornos relacionados a la operación de una distribuidora eléctrica.
>
> En cuanto a los intereses post laudo, no estamos de acuerdo con la propuesta de NCI de que el interés deba incorporar una prima por el riesgo de cobranza del mismo. Es nuestro entendimiento que aún cuando desde el punto de vista económico pueda existir un supuesto riesgo de cobranza del laudo, el mismo no es generalmente tenido en cuenta a la hora de fijar esta tasa[1113].

VII. PETITORIO

520. La República de Guatemala respetuosamente solicita que este Tribunal:

(a) DECLARE que no tiene jurisdicción sobre la controversia planteada por TGH y/o que la reclamación de TGH es inadmisible;

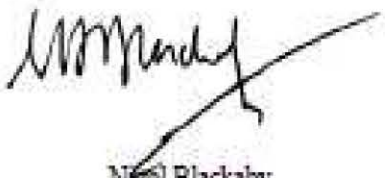
(b) Alternativamente a la petición (a) anterior, RECHACE en el fondo todas y cada una de las reclamaciones de TGH;

(c) OTORGUE cualquier otra satisfacción a Guatemala que el Tribunal estime oportuna y conveniente; y

(d) ORDENE que TGH pague todos los costos de este procedimiento, incluyendo los costos de la representación legal de Guatemala con intereses.

Respetuosamente presentado por la República de Guatemala el 24 de septiembre de 2012.

1113 M Abdala y M Schoeters Dúplica, **Apéndice RER-4,** párrs. 81, 83, 84.



Nigel Blackaby

Alejandro Arenales

Alfredo Skinner Klée

Rodolfo Salazar