
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Demandante

c.

LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

CASO CIADI N. ° ARB/10/23

DÚPLICA SOBRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDANTE

WHITE & CASE LLP

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Kristen M. Young

9 de noviembre de 2012

Abogados de la Demandante

DÚPLICA SOBRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDANTE

CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL RECLAMO DE LA DEMANDANTE POR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD POR PARTE DE LA DEMANDADA	5
A.	La Demandada malinterpreta la disposición legal aplicable	5
B.	La Demandante alega (y ha demostrado) un incumplimiento del Artículo 10.5 del CAFTA-RD	8
C.	El Laudo <i>Iberdrola</i> no se aplica a este caso y este Tribunal debe ignorararlo.....	18
1.	El Tribunal del caso <i>Iberdrola</i> desestimó la reclamación de <i>Iberdrola</i> por “defectos en la formulación”, una circunstancia que no se da en la especie.....	19
2.	La conclusión del tribunal del caso <i>Iberdrola</i> al declararse incompetente para analizar cuestiones de derecho interno en un contexto regulatorio es claramente errada.....	24
3.	La decisión del Tribunal <i>Iberdrola</i> no guarda relación alguna con la declaración de la Demandante de que la frustración de sus expectativas legítimas como consecuencia del obrar de Guatemala constituye un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo	33
D.	La jurisdicción del tribunal no se limita a reclamaciones por denegación de justicia	37
III.	CONCLUSIONES.....	46

DÚPLICA SOBRE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDANTE

I. INTRODUCCIÓN

1. La Demandante, TECO Guatemala Holdings, LLC (“TECO” o “Demandante”) presenta su Dúplica sobre Jurisdicción y Admisibilidad (“Dúplica sobre Jurisdicción”)¹, de conformidad con la orden del Tribunal del 1º de octubre de 2012². La presente Dúplica sobre Jurisdicción aborda los argumentos no autorizados emitidos en materia de jurisdicción y admisibilidad por la Demandada en su Memorial de Dúplica del 24 de septiembre de 2012 (“Dúplica”)³. La Demandante continúa ateniéndose a los escritos presentados anteriormente.

2. La Demandante funda la alegación de que la Demandada violó el Artículo 10.5 del CAFTA-RD sobre la base de la negación injusta y arbitraria de la CNEE de aceptar la resolución de la Comisión Pericial con respecto al conflicto sobre el VAD que surgió entre la CNEE y EEGSA durante la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013, así como de la decisión de la CNEE de imponer, haciendo frente a las decisiones adversos de la Comisión Pericial, su propio injustificablemente bajo VAD a EEGSA, en violación de las legítimas expectativas de la Demandante y del marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para promover la inversión extranjera en su sector eléctrico. El reclamo de la Demandante se funda, asimismo, en las acciones injustificadas y arbitrarias llevadas a cabo por Guatemala en un intento de manipular y controlar el resultado de la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013, las cuales incluyen, entre otras cuestiones, la promulgación de reformas al Artículo 98 del RLGE que modificaron fundamentalmente el marco regulatorio vigente al momento de efectuarse la inversión de TECO, reformas que la CNEE luego usó a fin de justificar su accionar ante los tribunales guatemaltecos.

¹ Las abreviaturas y los términos utilizados en la Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante tienen el mismo significado que en el Memorial y la Réplica de la Demandante.

² Carta del Tribunal a las Partes del 1º de octubre de 2012.

³ Memorial de Dúplica de la Demandada del 24 de septiembre de 2012 (“Dúplica”), párrafos 31-95.

3. Por lo tanto, contrariamente a las continuas aseveraciones de la Demandada, la Demandante no ha sometido a arbitraje un conflicto meramente regulatorio, como se lo ha calificado, sobre la correcta interpretación de la ley guatemalteca. Tampoco ha solicitado al Tribunal que entienda en el caso en carácter de tribunal de apelaciones extraordinario con respecto a las cuestiones legales guatemaltecas planteadas por EEGSA ante los tribunales de Guatemala. Por el contrario, la Demandante pretende que se analice el accionar de Guatemala durante la reforma tarifaria de EEGSA del período 2008-2013 en consideración de la obligación de la Demandada en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA-RD de conferir un trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante en EEGSA, y que se responsabilice a Guatemala por los incumplimientos de dicha obligación. El Tribunal tiene jurisdicción en este sentido.

4. El hecho de que la Demandada se ampare en la reciente decisión del caso *Iberdrola c. Guatemala* no detracta dicha conclusión de manera alguna. Si bien la Demandada sostiene que la decisión *Iberdrola* es de “enorme significación” para este Tribunal, ya que supuestamente los hechos de ambos casos “no son ya similares, sino que son idénticos”, la manera en la cual se procedió en ambos casos dista de ser idéntica. Como se explicará más adelante, la decisión jurisdiccional del tribunal en el caso *Iberdrola* se basó sobre la manera en la cual ese caso en particular fue planteado. En virtud de su análisis de los escritos de dicho caso, el tribunal del caso *Iberdrola* resolvió que, si bien la demandante había sostenido que el accionar de la demandada infringía las leyes guatemaltecas, no explicaba cómo dichas violaciones constituían un incumplimiento del tratado aplicable. No es posible sostener lo mismo en la especie y, por ende, la decisión no puede tomarse como referencia.

5. Asimismo, al arribar a esta conclusión, el tribunal del caso *Iberdrola* evidentemente cometió un error en la medida en que concluyó que no tenía jurisdicción para entender en cuestiones de derecho nacional en un contexto regulatorio. Como se explicará más adelante, los tribunales especialistas en tratados de inversión suelen resolver cuestiones de derecho nacional al determinar si se ha incumplido el tratado, incluso cuando, como es el caso, el reclamo formulado se basa en una modificación fundamental del régimen legal, un abuso de poder o cualquier otra conducta arbitraria por parte del país anfitrión. Si bien los reclamos derivados del tratado en esos casos surgen en el ámbito del derecho internacional, el tribunal debe necesariamente resolver ciertas cuestiones de derecho nacional a fin de determinar si el país

anfitrión efectivamente violó el derecho internacional en los hechos. Al igual que dichos tribunales, este Tribunal tiene jurisdicción para considerar cuestiones del derecho guatemalteco al determinar si el accionar de Guatemala durante la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013 infringió la obligación de trato justo y equitativo prevista en el Artículo 10.5 del CAFTA-RD.

6. Por otro lado, al desestimar el reclamo de trato justo y equitativo planteado por Iberdrola por falta de jurisdicción, el tribunal del caso *Iberdrola* sostuvo que no tenía competencia para resolver cuestiones del derecho guatemalteco; sin embargo, no analizó ni consideró siquiera el contenido de las legítimas expectativas de Iberdrola y si la violación de dichas expectativas representaría un incumplimiento del tratado aplicable, lo cual no hubiera implicado que el tribunal se pronunciara con respecto a la correcta interpretación del derecho guatemalteco. La decisión del caso *Iberdrola* no resulta relevante a este caso ya que TECO formula un reclamo por el incumplimiento del Artículo 10.5 sobre la base de la frustración de sus legítimas expectativas por parte de Guatemala, lo cual tampoco exige que este Tribunal se pronuncie con respecto a la correcta interpretación del derecho guatemalteco.

7. Por último, las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre las peticiones de amparo formuladas por EEGSA en el marco del derecho guatemalteco no despojan a este Tribunal de jurisdicción sobre el reclamo de trato justo y equitativo formulado por la Demandante, ni limitan este último a un reclamo arbitral por denegación de justicia. No solo son distintas las pretensiones planteadas ante este Tribunal y ante los tribunales guatemaltecos, sino también las partes involucradas. Por lo tanto, no es posible adjudicarles efecto de cosa juzgada alguno a estas decisiones con respecto a la Demandante. Asimismo, el hecho de que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala finalmente haya declarado legítimo el accionar de la CNEE sobre la base del Artículo 98 del RLGE, modificado por el MEM en 2007, no excluye la responsabilidad internacional, como espera la Demandada resuelva este Tribunal; está plenamente establecido que un Estado no puede ampararse en las disposiciones de su propio derecho interno para soslayar obligaciones internacionales.

* * *

II. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL RECLAMO DE LA DEMANDANTE POR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10.5 DEL CAFTA-RD POR PARTE DE LA DEMANDADA

A. La Demandada malinterpreta la disposición legal aplicable

8. La Demandada continúa malinterpretando la naturaleza de las investigaciones llevadas a cabo por el Tribunal a nivel jurisdiccional⁴. Sobre la base de la decisión pronunciada por el tribunal en el caso *Iberdrola*, la Demandada sostiene que el Tribunal debe analizar el fondo del reclamo de la Demandante a fin de determinar si tiene jurisdicción *ratione materiae* con respecto a este conflicto⁵. Según la Demandada, dado que “el Tribunal puede decidir sobre la naturaleza de la reclamación conociendo ya todos los argumentos y pruebas presentados por las partes”⁶. Como demostró la Demandante en su Réplica, el claro intento de la Demandada de forzar una investigación sobre la validez internacional del reclamo dentro del análisis *prima facie* de las objeciones sobre jurisdicción carece de todo fundamento⁷.

9. Al evaluar su jurisdicción *ratione materiae*, el Tribunal debe determinar si los hechos, según fueran alegados por la Demandante, “están comprendidos dentro de las disposiciones [del tratado] o si, en el caso de que sean demostrados, son susceptibles de constituir un incumplimiento de las obligaciones a las cuales dichas disposiciones se refieren”⁸. Como explicó el tribunal que entendió en el caso *Bayindir c. Pakistán*, “[a] realizar esta tarea, el Tribunal llevará a cabo un análisis *prima facie*, tanto sobre la determinación del significado y el

⁴ *Íd.*, párrafos 35-37.

⁵ *Íd.*, párrafo 37 (donde se cita a *Iberdrola Energía S.A. c. la República de Guatemala*, Caso CIADI N. ° ARB/09/5, Laudo del 17 de agosto de 2012 (“*Iberdrola c. Guatemala*”), párrafo 351 (**RL-32**)).

⁶ *Íd.*, párrafo 36.

⁷ Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandante (“*Réplica*”), párrafos 283-287.

⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. la República Islámica del Pakistán*, Caso CIADI N. ° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005 (“*Bayindir c. Pakistán*”), párrafo 197 (**CL-84**); ver también *Impregilo S.p.A. c. la República Islámica del Pakistán*, Caso CIADI N. ° ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005 (“*Impregilo c. Pakistán*”), párrafo 254 (“[E]l Tribunal ha considerado si, en el caso de ser demostrados, los hechos alegados por la Demandante en este caso pueden llegar a estar comprendidos entre las disposiciones invocadas del TBI”). (énfasis en el original) (**CL-63**).

alcance de las disposiciones del TBI como sobre la cuestión de si los hechos aducidos pueden constituir un incumplimiento”⁹. En el caso *Telefónica c. Argentina*, el Tribunal lo expresó de la siguiente manera:

En cuanto al *fundamento legal* del caso, de conformidad con las prácticas judiciales aceptadas, el Tribunal debe evaluar si tales hechos, cuando son demostrados (a saber, las modificaciones unilaterales al régimen legal mencionadas y su supuesto impacto negativo sobre la inversión de Telefónica), podrían llegar a dar lugar a los incumplimientos del Tratado aducidos por la Demandante, con respecto a los cuales el Tribunal tiene competencia para pronunciarse. Es decir, en el caso de que se demuestre su veracidad, tales hechos deben ser ‘susceptibles’ de enmarcarse dentro de las disposiciones del TBI y de haber causado o de constituir un incumplimiento al tratado como alega la Demandante. Por supuesto, es una cuestión de fondo relativa a si los supuestos hechos constituyen efectivamente un incumplimiento del TBI por el cual deba adjudicarse responsabilidad a la Demandada¹⁰.

10. Numerosos tribunales más han adoptado este enfoque para determinar la jurisdicción, citando la opinión del Juez Higgins en el caso *Oil Platforms*:

La única manera de que se pueda determinar en la especie si los reclamos de Irán son lo suficientemente plausibles sobre la base del Tratado de 1955 es aceptar provisionalmente los hechos tal como fueran aducidos por Irán e interpretar los Artículos I, IV y X en virtud de ello a los fines jurisdiccionales —es decir, analizar si podría existir una violación de tales artículos sobre la base de los reclamos de hecho de Irán¹¹.

⁹ *Bayindir c. Pakistán*, párrafo 197 (CL-84).

¹⁰ *Telefónica S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción del 25 de mayo de 2006 (“*Telefónica c. Argentina*”), párrafo 56 (citas internas omitidas) (énfasis en el original) (CL-96).

¹¹ *Impregilo c. Pakistán*, párrafo 239, nota al pie 103 (donde se cita a *Oil Platforms (Irán c. EE.UU.)*, 1996 C.I.J. 803, 856 (párrafo 32) (Sentencia sobre Objeción Preliminar del 12 de diciembre) (opinión concurrente del Juez Higgins)) (CL-63); ver también *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Caso CIADI N. ° ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción del 21 de marzo de 2007, párrafos 85-86 (donde se establece que la norma formulada por el

11. Asimismo, al aplicar la norma de análisis *prima facie*, el Tribunal “no debe abordar el fondo de los reclamos, sino que debe cerciorarse de tener jurisdicción sobre el conflicto, tal como se lo plantea”¹². Como advirtió el tribunal en el caso *Siemens c. Argentina*, “el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado . . . son correctas”, sino que “solo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas”¹³.

12. Por lo tanto, la Demandada se equivoca al sugerir que, dados “todos los argumentos y pruebas presentados por las partes”, el Tribunal debería analizar el *fondo* de los

Juez Higgins en el caso *Oil Platforms* “logra un justo equilibrio entre una norma más exigente que implicaría analizar el fondo de la cuestión en la etapa jurisdiccional, y una norma menos severa que dependería por completo en la caracterización de la Demandante de sus reclamos . . . Es decir, el Tribunal debería cerciorarse de que, si la veracidad de los hechos alegados por Saipem es finalmente demostrada, dichos hechos podrían ser susceptibles de constituir una violación [del TBI]” (CL-93); *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*, Caso CIADI N. ° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párrafo 119 (“Este Tribunal no considera que el enfoque del Juez Higgins [en el caso *Oil Platforms*] resulte controversial de manera alguna, ya sea en general o entre las partes del presente procedimiento. Por lo tanto, el Tribunal aplica este enfoque a las cuestiones jurisdiccionales abordadas a continuación.”) (CL-66); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, Caso CIADI N. ° ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004, párrafo 157 (la cual se basa en el caso *Oil Platforms* y sostiene que “[e]l análisis relativo a la jurisdicción es objetivo y su resolución puede exigir la interpretación definitiva de la disposición del tratado sobre la cual se basa”) (CL-69); *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de noviembre de 2002, párrafos 35, 37 (donde se adhiere a la norma establecida en el caso *Oil Platforms* y se sostiene que “la tarea del Tribunal es descubrir el significado y, especialmente, el alcance de las disposiciones que según UPS confieren jurisdicción. ¿Están comprendidos los hechos alegados por UPS dentro de dichas disposiciones? Una vez probados, ¿son tales hechos susceptibles de constituir un incumplimiento de las obligaciones mencionadas?”) (RL-4).

¹² *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N. ° ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de noviembre de 2004, párrafo 137 (donde se advierte que este principio “ha sido reconocido tanto por la Corte Internacional de Justicia como por Tribunales Arbitrales en numerosos casos”) (CL-67).

¹³ *Siemens A.G. c. la República Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párrafo 180 (CL-94); ver también *Chevron Corp. (EE.UU.) y Texaco Petroleum Corp. (EE.UU.) c. la República del Ecuador* [II], Caso CPA N. ° 2009-23, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 27 de febrero de 2012, párrafo 4.8 (donde se desestima la afirmación de Ecuador de que las demandantes “ya deben haber establecido su caso con una probabilidad de éxito del 51%, es decir, sobre una balanza de probabilidades”, y se favorece, por el contrario, la afirmación de las demandantes de que “su caso debería ser ‘razonablemente debatible’ o de que tiene ‘una probabilidad razonable así como fue formulado’”) (CL-85).

reclamos de la Demandante a fin de determinar si tiene jurisdicción *ratione materiae*¹⁴. De hecho, la Demandada no cita autoridad alguna para justificar la aseveración de que la norma para resolver objeciones jurisdiccionales cambia según la objeción haya sido resuelta con anterioridad al fondo de la cuestión o simultáneamente con él. Aplicando la norma *prima facie*, el Tribunal debe evaluar si los hechos, según fueran aducidos por la Demandante (a saber, las modificaciones esenciales al régimen regulatorio efectuadas por Guatemala y la injusta y arbitraria decisión de la CNEE de desestimar las decisiones de la Comisión Pericial e imponer su propio VAD artificialmente reducido a EEGSA en violación de las legítimas expectativas de la Demandante, así como del marco legal y regulatorio establecido por Guatemala para fomentar la inversión extranjera en su sector eléctrico), podrían razonablemente dar lugar a un incumplimiento del Artículo 10.5 del CAFTA-RD, sobre el cual este Tribunal tiene jurisdicción.

13. Como se demuestra en la Réplica de la Demandante y a continuación, los hechos alegados por la Demandante son susceptibles de configurar un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo prevista en el Artículo 10.5 del CAFTA-RD. En efecto, como se demuestra en las presentaciones de la Demandante, los hechos no solo son susceptibles de constituir un incumplimiento del Tratado, sino que han sido probados y efectivamente lo constituyen.

B. La Demandante alega (y ha demostrado) un incumplimiento del Artículo 10.5 del CAFTA-RD

14. Tal como lo demostró la Demandante en su Réplica¹⁵, en un intento de evitar que su accionar fuera analizado conforme al derecho internacional, la Demandada ha pretendido replantear este caso caracterizándolo como un conflicto meramente regulatorio relativo a la adecuada interpretación de la LGE y el RLGE, en el marco del cual la Demandante presuntamente solicita a este Tribunal que actúe en calidad de organismo regulatorio repitiendo la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013 y en calidad de tribunal extraordinario de

¹⁴ Dúplica, párrafos 36, 37.

¹⁵ Réplica, párrafos 228-230, 283-287.

apelaciones examinando las decisiones legales guatemaltecos¹⁶. Nada podría distar más de la verdad. De hecho, la Demandante ha sostenido en repetidas ocasiones que la función de este Tribunal no consiste en determinar si las resoluciones adoptadas por la Comisión Pericial sobre las discrepancias eran correctas¹⁷. Por el contrario, la Demandante ha sostenido reiteradamente que Guatemala tenía la obligación legal internacional de plegarse a las decisiones de la Comisión Pericial independientemente de que fueran adecuadas como cuestión técnica en virtud del derecho guatemalteco¹⁸. Por lo tanto, no cabe duda de que la Demandante no pretende que este Tribunal repita la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013 y determine las tarifas “correctas” según la legislación guatemalteca. La Demandante tampoco le ha solicitado a este Tribunal que analice las decisiones de los tribunales de Guatemala según las leyes guatemaltecas. Dichas decisiones son irrelevantes a las cuestiones aquí debatidas, ya que no resuelven si la Demandada actuó en contra de sus declaraciones previas y, por tanto, en violación de las legítimas expectativas de la Demandante; si Guatemala actuó de manera arbitraria o de mala fe al manipular el re-cálculo del VAD de EEGSA durante el proceso de revisión tarifaria; ni si la modificación al Artículo 98 del RLGE, sobre el cual se basó la Corte de Constitucionalidad de Guatemala para desestimar las peticiones de amparo formuladas por EEGSA, constituía una modificación fundamental al marco regulatorio y, como tal, un incumplimiento de las obligaciones de la Demandada en virtud del CAFTA-RD. Como se establece a continuación, estas cuestiones constituyen la fundamentación del reclamo de la Demandante en este conflicto y no reflejan la denominada “simple controversia regulatoria que ha sido tramitada y resuelta por los tribunales nacionales” con respecto a la correcta interpretación del derecho guatemalteco¹⁹.

¹⁶ Dúplica, párrafo 38 (donde se sostiene que la cuestión planteada por la Demandante “sigue siendo una cuestión puramente de derecho doméstico 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”); *ver también id.*, párrafos 53-54 (donde se sostiene que lo que la Demandante “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 [la Demandante]”).

¹⁷ Réplica, párrafos 4, 229.

¹⁸ *Id.*, párrafos 35, 43-51, 184.

¹⁹ Dúplica, párrafo 29.

15. Como reflejan los escritos de la Demandante, su reclamo se fundamenta en las declaraciones específicas realizadas por Guatemala con respecto al proceso mediante el cual el VAD de EEGSA se recalcularía cada cinco años y a la manera en que se resolverían las diferencias que surgieran entre la CNEE y EEGSA durante dicho proceso²⁰. Como demuestra el acervo documental, la Demandada declaró específicamente en un Memorándum de Venta redactado para potenciales inversores extranjeros en EEGSA y distribuido entre ellos, incluido el grupo de empresas de TECO, 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 discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos *para que resuelva sobre las diferencias*”²¹. La CNEE luego confirmó tales declaraciones, al manifestar en sus propios escritos judiciales que “[d]e existir discrepancia [entre la CNEE y el distribuidor], según [el A]rtículo 98 del [RLGE] y [el Artículo] 75 de la LGE, debe formarse una Comisión Pericial, que *resolverá* en un plazo de 60 días” el conflicto²².

16. Como ha explicado la Demandante, las declaraciones formuladas por Guatemala con respecto al proceso de fijación del VAD revestían particular importancia para los potenciales inversores extranjeros en EEGSA, incluido el grupo de empresas de TECO, en consideración de los vastos antecedentes de intervención política en el sector eléctrico de Guatemala, como detalla el Profesor Alegría en sus dictámenes jurídicos²³. El accionar de Guatemala durante la revisión

²⁰ Réplica, párrafos 48-49; Memorial, párrafo 278.

²¹ Memorándum de Venta de mayo de 1998, página 63 (énfasis añadido) (C-29).

²² Memorial de Contestación de la CNEE sobre Inconstitucionalidad 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, página 7 (C-81). Las declaraciones de Guatemala se ajustan también plenamente a los términos de referencia redactados por la CNEE a los efectos de la revisión tarifaria de EEGSA del período 2003-2008, así como a las declaraciones formuladas por la CNEE y varios de sus propios consultores durante la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013. *Ver* Réplica, párrafos 49-51.

²³ *Ver* Alegría II, párrafos 5-6 (CER-3); Alegría I, párrafos 20-33 (CER-1); *ver también* Gillette I, párrafos 9-14 (CWS-5). Si bien la Demandada critica a la Demandante por basarse en los dictámenes jurídicos del Profesor Alegría en su Réplica, dichos dictámenes no solo explican el contexto político, social y económico en el marco dentro del cual Guatemala reformó su sector eléctrico e intentó fomentar la inversión extranjera en EEGSA a fines de los ‘90, sino que también versan sobre cuestiones de vital importancia en este caso, incluidas, entre otras, la autoridad de la CNEE en virtud de la LGE y el RLGE, la función de la Comisión Pericial conforme a la LGE y el RLGE, y el contenido y alcance de las modificaciones efectuadas por Guatemala al RLGE en 2007 y 2008. Contrariamente a lo que sugiere la Demandada, el hecho de que la

tarifaria de EEGSA del período 2008-2013 a fin de evitar un aumento del VAD de EEGSA, incluidas, entre otras cuestiones, la negativa de la CNEE de aceptar la resolución de la Comisión Pericial sobre las diferencias entre la CNEE y EEGSA y la imposición por parte de la CNEE de su propio VAD artificialmente reducido a EEGSA, que había sido calculado por el propio consultor de la CNEE sin que EEGSA ni su consultor independiente aportaran ningún tipo de información, violó las expectativas legítimas de la Demandante generadas por las declaraciones efectuadas por Guatemala. Como ya ha explicado también la Demandante, las declaraciones presentes en dichos materiales demuestran que esta controversia no se refiere a la correcta interpretación de la LGE y el RLGE, sino a la obligación de la Demandada en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA-RD de actuar de manera coherente con las declaraciones efectuadas anteriormente orientadas particularmente a captar inversión extranjera en su sector eléctrico²⁴.

17. El reclamo de la Demandante se fundamenta también en la conducta injustificada y arbitraria de Guatemala en un intento de manipular y controlar el resultado de la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013²⁵. Como demostró la Demandante en su Réplica, los correos electrónicos que presentó la Demandada durante la etapa probatoria documental del presente arbitraje (ninguno de cuyos documentos fue analizado en el Laudo dictado en el caso *Iberdrola*) muestran que la CNEE ideó un cálculo ilegítimo del FRC con su consultor, el Sr. Riubrugent, con el fin específico de reducir considerablemente el VAD de EEGSA y que la CNEE interfirió luego en el proceso de la Comisión Pericial, brindándole al experto designado por ella misma, el Sr. Riubrugent, materiales para respaldar la postura de la CNEE y participando de discusiones *ex parte* sobre el resultado de las deliberaciones de la Comisión Pericial, previamente a que dicha comisión emitiera sus decisiones²⁶. Como ha explicado la Demandante,

Demandante se base en los dictámenes del Profesor Alegría sobre estas cuestiones decisivas no es inusual: los tribunales especializados en tratados de inversión suelen referirse a los dictámenes sobre derecho nacional y basarse en ellos al evaluar la responsabilidad conforme al tratado pertinente.

²⁴ Réplica, párrafos 264-266.

²⁵ Dúplica, párrafos 43-44.

²⁶ Réplica, párrafos 51, nota al pie 239, 116, 138-140. La Demandante advierte en este sentido que los correos electrónicos intercambiados entre la CNEE y el Ing. Riubrugent durante la revisión tarifaria de EEGSA del

esta prueba es totalmente incongruente con los conceptos adoptados por la Demandada en el presente procedimiento arbitral y por la CNEE ante los tribunales guatemaltecos de que las decisiones de la Comisión Pericial son opiniones consultivas que no obligan a la CNEE ni limitan su discreción de manera alguna y de que la función de la Comisión Pericial consiste meramente en determinar si el consultor incorporó la totalidad de las observaciones de la CNEE al estudio²⁷. Esta prueba demuestra, asimismo, que la CNEE no actuó de manera coherente, transparente y de buena fe durante la revisión tarifaria de EEGSA²⁸. Si bien la Demandada controvierte el carácter arbitrario de esta prueba en sus alegatos jurisdiccionales, la cuestión de si los correos electrónicos intercambiados entre la CNEE y el Sr. Riubrugent reflejan un acto arbitrario por parte de la CNEE en violación de las normas internacionales debe ser resuelta por el Tribunal sobre el fondo y no en materia de jurisdicción²⁹. En todo caso, la aseveración formulada por la Demandada de que “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”³⁰ constituye una deliberada malinterpretación de los argumentos de la Demandante.

18. Tal como lo explicara la Demandante en su Réplica, a pesar de los intentos de la CNEE por manipular y controlar el resultado del proceso de la Comisión Pericial, ésta última, por voto de la mayoría, finalmente resolvió rechazar el cálculo ilícito del FRC de la CNEE y

período 2008-2013 no fueron presentados ante los tribunales guatemaltecos ya que EEGSA no tenía acceso a la etapa probatoria documental en dicho procedimiento. Contrariamente a lo que arguye la Demandada, las alegaciones de la Demandante con respecto a estos correos electrónicos no fueron, por lo tanto, resueltas por los tribunales guatemaltecos. *Ver* Dúplica, párrafos 48-50.

²⁷ Réplica, párrafos 138-140. Notablemente, ninguno de los autores de dichos documentos ha prestado testimonio en el presente arbitraje a fin de defender su naturaleza o contenido, incluidos Riubrugent, Quijivix y Peláez.

²⁸ *Íd.*, párrafos 138-140, 252.

²⁹ Dúplica, párrafos 43-44. De modo similar, el hecho de si, por el contrario, “la CNEE actuó en el ejercicio de sus competencias como ente regulador independiente en el proceso de revisión tarifaria, según su mejor saber y entender”, como sostiene la Demandada, constituye también un hecho controvertido que debe ser resuelto por el Tribunal sobre el fondo y no en materia de jurisdicción. *Íd.*, párrafo 52.

³⁰ *Íd.*, párrafo 44.

decidió a favor de EEGSA respecto de varias de las discrepancias más importantes³¹. Tal como lo reflejan las pruebas, una vez que la CNEE tomó conocimiento de la decisión adversa de la Comisión Pericial, decidió ignorar su Informe y procedió a imponer su propio VAD reducido a EEGSA, por considerar que el VAD calculado conforme a las decisiones de la Comisión Pericial resultaba demasiado alto³². En esas circunstancias, la Demandante no tiene ningún motivo para plantear reclamo alguno contra el Informe de la Comisión Pericial, y esta omisión no constituye “prueba contundente de que no hubo arbitrariedad respecto” de los intentos infructuosos de la CNEE de influenciar a la Comisión Pericial a través del Sr. Riubrugent³³, quien, vale destacar, no es testigo en este arbitraje.

19. El reclamo de la Demandante también se basa en los cambios jurídicos fundamentales que Guatemala introdujo al Artículo 98 del RLGE poco antes y durante la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente al período 2008-2013, que tampoco requiere que este Tribunal repita el proceso de revisión tarifaria de EEGSA ni revise las decisiones de los tribunales de Guatemala³⁴. Tal como explicó la Demandante en su Réplica, el Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007 modificó el Artículo 98 del RLGE para otorgar a la CNEE el derecho de utilizar su propio estudio del VAD para calcular el VAD del distribuidor en determinadas circunstancias³⁵. Esta modificación representó un cambio fundamental del marco regulatorio establecido por la LGE y el RLGE, ya que derogaba el

³¹ Réplica, párrafos 161-164.

³² *Ibid.* párrafos 158-164; *ver también* Análisis del Dictamen de la Comisión Pericial (sin fecha) (C-547).

³³ Dúplica, párrafo 44.

³⁴ Contrariamente a lo que alega la Demandada, (*ver* Dúplica, párrafos 21, 41), no existe contradicción entre la posición de la Demandante de que la modificación de 2007 al Artículo 98 del RLGE constituyó un cambio fundamental del marco regulatorio y su posición de que la CNEE malinterpretó deliberadamente la modificación al aplicarla a EEGSA durante la revisión tarifaria 2008-2013. Tal como lo explicara oportunamente la Demandante, la modificación por 2007 confería a la CNEE por primera vez la facultad de utilizar su propio estudio de VAD a los fines del cálculo del VAD en determinadas circunstancias, lo cual era un cambio fundamental. No obstante, esta modificación, en sí, no debía aplicarse en casos como el de EEGSA, en el cual el distribuidor había presentado un estudio de VAD y había realizado cambios a ese mismo estudio en respuesta a las observaciones de la CNEE. *Ver* Réplica, párrafos 89-100, 238-253; Alegría II párrafos 45-66 (CER-3).

³⁵ Réplica, párrafo 250; Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 del 2 de marzo de 2007 (C-104).

requisito establecido en el Artículo 74 de la LGE de que el distribuidor calculara el VAD a través de su propio consultor independiente preaprobado por la CNEE y, *por primera vez*, introducía la posibilidad de que la CNEE calculara el VAD del distribuidor sobre la base de su propio estudio del VAD³⁶. De este modo, la modificación de 2007 no sólo alteró fundamentalmente el equilibrio que protegían la LGE y el RLGE entre la CNEE y el distribuidor respecto del cálculo del VAD del distribuidor, sino que también violó el compromiso expresamente asumido por Guatemala durante la privatización de EEGSA en el sentido de que “*los VAD deben ser calculados por los distribuidores mediante un estudio encargado a una empresa de ingeniería*”³⁷.

20. Según lo manifestado por la Demandante en su Réplica, si bien no invocó el Artículo 98 del RLGE modificado como fundamento jurídico de sus actos al momento de imponer su VAD artificialmente bajo a EEGSA³⁸, la CNEE luego invocaría esta modificación en defensa de su proceder ante los tribunales de Guatemala, y la Corte de Constitucionalidad se fundó expresamente en la modificación al resolver que los actos de la CNEE resultaban lícitos a la luz del derecho de Guatemala³⁹. En efecto, sin la modificación de 2007 del Artículo 98 del

³⁶ Réplica, párrafos 91-100; Memorial párrafos 84-93.

³⁷ Memorándum de Venta de mayo de 1998, pág. 49 (énfasis añadido) (C-29). Si bien la Demandada señala que EEGSA jamás atacó la constitucionalidad de la modificación de 2007 al Artículo 98 del RLGE, tal como lo explicara oportunamente la Demandante, a diferencia de las demás modificaciones propuestas, Guatemala deliberadamente ocultó esta modificación en particular ante la industria de electricidad hasta la emisión del Acuerdo Gubernativo No. 68-2007 por parte del MEM, y, por consiguiente, EEGSA no tuvo oportunidad de objetar la modificación hasta una vez emitida. *Ver* Réplica, párrafo 99. Asimismo, si bien EEGSA consideró seriamente la posibilidad de atacar la constitucionalidad de la modificación una vez emitida, finalmente decidió abstenerse por temor a que la CNEE tomara represalias en la siguiente revisión tarifaria, y porque no era posible que se resolviera un planteo judicial antes de que finalizara la revisión tarifaria de EEGSA. *Ver Ibid.* párrafo 100. EEGSA, justificadamente, consideraba que la modificación no se aplicaría a su revisión tarifaria en los términos en que estaba planteada, ya que EEGSA pensaba preparar y presentar un estudio de VAD conforme al Artículo 74 de la LGE. *Ver Ibid.*; Calleja II párrafo 10 (CWS-9); Maté II párrafo 7 (CWS-12).

³⁸ Réplica, párrafos 188, 214. Tal como lo explicara la Demandante en su Réplica, la CNEE inicialmente se escudó en el Artículo del RLGE para justificar la imposición unilateral de su propio VAD a EEGSA, pero luego abandonó esa posición ante los tribunales de Guatemala, alegando que su facultad de calcular el VAD de EEGSA sobre la base de su propio estudio de VAD surgía del Artículo 98 del RLGE, y que las decisiones de la Comisión Pericial no resultaban vinculantes. *Ver Ibid.* párrafo 214.

³⁹ Réplica, párrafos 214-215; Resolución de la Corte de Constitucionalidad en el *Amparo* C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009, págs. 15-20 (C-331).

RLGE, ninguna disposición de la LGE o del RLGE le permitía a la CNEE utilizar su propio estudio del VAD para calcular el VAD de EEGSA a los fines de la revisión tarifaria correspondiente al período 2008-2013⁴⁰. Por consiguiente, la modificación de 2007 constituyó un cambio fundamental al marco regulatorio considerado por la Demandante al decidir invertir en EEGSA. Tal como lo señalara la Demandante en su Réplica, la Demandada admitió que la obligación de trato justo y equitativo establecida en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA “prohíbe cualquier cambio sustancial al marco regulatorio que resulte sustancial y afecte las expectativas legítimas del inversor”⁴¹, lo cual debe considerarse un reconocimiento de que este Tribunal tiene competencia sobre cualquier controversia respecto de un supuesto cambio prohibido del marco regulatorio⁴².

21. En igual sentido, si bien la CNEE se comprometió a no aplicar el Artículo 98 *bis* del RLGE a la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013 después de que EEGSA amenazara con impugnar su aplicación ante los tribunales de Guatemala, dicho Artículo 98 *bis* del RLGE constituye otro cambio fundamental del marco regulatorio establecido por la LGE y el RLGE⁴³. Mediante esta modificación, se eliminó el requisito del Artículo 75 de la LGE de que el tercer integrante de la Comisión Pericial se nombrara por “acuerdo de partes”, y se le otorgó al Gobierno la potestad de garantizarse una mayoría, lo cual atenta contra la imparcialidad de la Comisión Pericial⁴⁴. El argumento de la Demandada de que el Artículo 98 *bis* del RLGE resulta irrelevante porque no resultaba aplicable a EEGSA es erróneo⁴⁵. Como lo ha explicado la Demandante, la aprobación del Artículo 98 *bis* del RLGE tan sólo cuatro días después de que la

⁴⁰ Ver *Alegría II* párrafo 78 (CER-3); *Alegría I* párrafo 67 (CER-1).

⁴¹ Memorial de Contestación, párrafo 567 (subtítulo b).

⁴² Réplica, párrafo 287.

⁴³ *Ibid.* párrafos 142-144; Memorial párrafos 133-135.

⁴⁴ Réplica, párrafos 142-144, 249; Acuerdo Gubernativo No. 145-2008 del 19 de mayo de 2008, publicado el 26 de mayo de 2008, pág. 2 (“Si vencido el plazo de tres días para la selección del tercer integrante, no existiere acuerdo entre las partes, la [CNEE] elevará el respectivo expediente al Ministerio para que seleccione en forma definitiva en un plazo máximo de tres días de recibido el expediente al tercer integrante de la Comisión Pericial, de entre los candidatos propuestos.”) (C-212).

⁴⁵ Dúplica, párrafo 41.

CNEE solicitara la conformación de una Comisión Pericial, así como su intento de aplicar el Artículo 98 *bis* del RLGE en forma retroactiva a la revisión tarifaria de EEGSA, violaron las expectativas legítimas de la Demandante de que la revisión tarifaria 2008-2013 de EEGSA se realizaría en manera justa y despolitizada, y constituye un indicio más de la conducta arbitraria y de mala fe de Guatemala en su afán por manipular y controlar el resultado de la revisión tarifaria de EEGSA⁴⁶.

22. Además, como también lo explicó la Demandante, el argumento de la Demandada de que el Artículo 98 *bis* llenó una “laguna” del RLGE se contradice con la noción de que las decisiones de la Comisión Pericial son simplemente facultativas y no obligan a la CNEE ni limitan en forma alguna su discrecionalidad. Por ello, dicho argumento también contradice la afirmación de la Demandada de que los actos de la CNEE se basaron en una interpretación de buena fe de la ley. Por el contrario, el Artículo 98 *bis* del RLGE demuestra que —contrariamente a la posición de la Demandada en este arbitraje y contrariamente a la postura asumida por la CNEE ante los tribunales de Guatemala—Guatemala entendía que las decisiones de la Comisión Pericial respecto de las discrepancias eran vinculantes. Asimismo, el argumento de Guatemala de que el Artículo 98 *bis* resultaba necesario a fin de evitar demoras indefinidas en el cálculo del VAD del distribuidor ante una discrepancia contradice la posición adoptada ante este Tribunal de que la CNEE siempre tuvo discrecionalidad para calcular unilateralmente el VAD del distribuidor independientemente de las decisiones de la Comisión Pericial⁴⁷.

23. Ahora, en su Dúplica, la Demandada por primera vez alega que el Tribunal no debe considerar los argumentos de la Demandante respecto de la modificación de 2007 porque la Demandante omitió hacer referencia a esta modificación en su “notificación de intención de someter la controversia a arbitraje”, y, por lo tanto, su reclamo se encuentra “prescripto” de conformidad con el Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA⁴⁸. Los argumentos de la Demandada son

⁴⁶ Réplica, párrafo 249.

⁴⁷ Dúplica, párrafos 212, 213.

⁴⁸ *Ibid.* párrafo 41.

erróneos y vanos. La modificación de 2007 del Artículo 98 del RLGE, abordada por la Demandante en la Notificación de Arbitraje y en su Memorial⁴⁹, constituye una de las tantas medidas adoptadas por Guatemala para dismantelar el marco regulatorio en el que confió la Demandante al decidir invertir en EEGSA. Tal como refleja el DR-CAFTA, el inversor, en su notificación de intención, no tiene obligación de identificar todas y cada una de las medidas de las que se queja, sino que debe identificar los artículos del DR-CAFTA cuya violación invoca, y los fundamentos de hecho y de derecho de la controversia⁵⁰. Así, la notificación de intención puede contener una reseña de los argumentos del inversor⁵¹, dejando la formulación del reclamo en sí para la notificación de arbitraje⁵². Contrariamente a lo que alega la Demandada, los argumentos de la Demandante respecto de la modificación de 2007 no se encuentran “prescriptos” de conformidad con el Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA, ya que la Demandante los incluyó en su Notificación de Arbitraje, presentada a menos de tres años de la fecha en la cual TECO tomó conocimiento del incumplimiento de la Demandada y de haber sufrido una pérdida o daño en razón de tal incumplimiento.

⁴⁹ Notificación de Arbitraje párrafos 44-45; Memorial párrafos 84-93. La Demandante señala que, en el momento de presentar la Notificación de Arbitraje, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala aún no había resuelto, aunque luego determinaría que los actos de la CNEE eran ilegales en función del Artículo 98 de la RLGE, modificado por el MEM en 2007.

⁵⁰ DR-CAFTA, Art. 10.16(2)(b-c) (CL-1). Algunos tribunales han aceptado la jurisdicción sobre reclamos por incumplimiento de una cláusula del tratado en los casos en los que en la Notificación de Intención no se indicaba expresamente el artículo supuestamente violado. *Ver ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Capítulo 11 TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo del 9 de enero de 2003 (“*ADF c. Estados Unidos*”) párrafos 127, 134-139 (aceptando jurisdicción sobre el reclamo de la demandante por incumplimiento del Artículo 1103 del TLCAN en los que no se identificó el reclamo en la Notificación de Intención o en la Notificación de Arbitraje de la Demandante, sino que se planteó por primera vez en la Réplica de las Demandantes, y señaló que “[l]a generalidad y flexibilidad de este requisito [relativo a la información que debe contener la Notificación de Intención] no implica que cualquier imprecisión o falta de información en definir la “información necesariamente afecte la jurisdicción del Tribunal”) (CL-4).

⁵¹ DR-CAFTA, Art. 10.16(2) (“Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”).”) (énfasis añadido) (CL-1).

⁵² *Ibid.*, Art. 10.16(3) (“Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación...”) (énfasis añadido); *ver también Ibid.*, Art. 10.16(4) (“Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección cuando la *notificación o la solicitud de arbitraje* (“notificación de arbitraje”) del demandante” sea recibida por el Secretario General del CIADI o por la demandada, según lo exijan las reglas aplicables) (énfasis añadido).

24. En todo caso, la objeción de la Demandada respecto de la modificación de 2007 es extemporánea y, por ende, debe ser rechazada en virtud de ese único argumento. Como ya se ha señalado, la Demandante planteó la modificación de 2007 tanto en su Notificación de Arbitraje como en su Memorial⁵³. La Demandada, por el contrario, no planteó ninguna objeción a los argumentos de la Demandante en su Memorial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, que, según el acuerdo entre las partes y la orden del Tribunal, sería el único escrito que presentaría la Demandada sobre jurisdicción y admisibilidad en este caso⁵⁴. Después de arrogarse unilateralmente el derecho a presentar una Réplica sobre Jurisdicción y Admisibilidad, no se le puede permitir a la Demandada plantear excepciones adicionales a la jurisdicción que pudo haber planteado en su Memorial. En tal sentido, la Regla de Arbitraje 41(1) del CIADI, que resulta aplicable en virtud del Artículo 10.16(3) del DR-CAFTA, establece que: “[t]oda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, *deberá oponerse lo antes posible*” y “[la] parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General *a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación...* a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción⁵⁵. Dado que al momento de la presentación de su Memorial sobre Jurisdicción y Admisibilidad la Demandada tenía conocimiento de los hechos en los que funda su objeción, renunció a dicha objeción de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(1) del CIADI.

C. El Laudo *Iberdrola* no se aplica a este caso y este Tribunal debe ignorarlo

⁵³ Notificación de Arbitraje párrafos 44-45; Memorial párrafos 84-93.

⁵⁴ Ver Correo electrónico de la Demandante al Tribunal del 25 de octubre de 2011; Correo electrónico de la Demandada al Tribunal del 27 de octubre del 2011.

⁵⁵ Regla de Arbitraje del CIADI 41(1) (énfasis añadido).

1. El Tribunal del caso *Iberdrola* desestimó la reclamación de Iberdrola por “defectos en la formulación”, una circunstancia que no se da en la especie

25. En su Dúplica, la Demandada alega que se debe desestimar el reclamo de la Demandante por falta de jurisdicción⁵⁶, debido a que su reclamación supuestamente es “como las de Iberdrola” y “se trata de los mismos hechos, de la misma reclamación de derecho guatemalteco e idénticas quejas técnico-financieras”⁵⁷. Por ello, la Demandada insta al Tribunal a adoptar la misma conclusión que el Tribunal de *Iberdrola*, a saber, que “[e]n 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”⁵⁸. De esta forma, la Demandada escoge selectivamente citas del Laudo *Iberdrola*, sin presentar el contexto en el cual se dicta la decisión sobre jurisdicción del Tribunal, lo que deja en claro que dicha decisión se limitaba a las circunstancias particulares del caso y no aplica en este caso. En efecto, tal como lo enfatizó el Tribunal en el caso *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 y sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del CIADI o de la competencia del tribunal”⁵⁹.

26. En su Laudo, el tribunal del caso *Iberdrola* observó que Iberdrola inicialmente había planteado un reclamo de expropiación indirecta como reclamo principal, y reclamos por incumplimiento de los estándares de trato justo y equitativo y plena protección y seguridad y de la cláusula paraguas sólo como reclamos subsidiarios, pero en el escrito posterior a la audiencia se centró en la norma de trato justo y equitativo⁶⁰. El tribunal criticó la “nueva estrategia” de Iberdrola de centralizar sus reclamaciones “en las alegadas violaciones de otros estándares

⁵⁶ Dúplica, párrafo 37.

⁵⁷ *Ibid.* párrafo 39.

⁵⁸ *Ibid.* párrafo 38 (citando *Iberdrola c. Guatemala* párrafos 349, 354 (énfasis añadido) (RL-32)).

⁵⁹ *Iberdrola c. Guatemala* párrafo 303 (énfasis añadido) (RL-32).

⁶⁰ *Ver Iberdrola c. Guatemala* párrafos 320, 324, 347-348 (RL-32).

diferentes al de expropiación, particularmente el estándar de trato justo y equitativo”⁶¹ y señaló que procedería a analizar las reclamaciones de Iberdrola según hubieran sido formuladas antes de su escrito posterior a la audiencia⁶². De este modo, el tribunal resolvió que no se les puede permitir a las partes reformular sus reclamos o argumentos en sus escritos posteriores a la audiencia: “[L]os escritos posteriores a la audiencia son memoriales de conclusiones, es decir, son escritos destinados a recapitular lo alegado y probado durante el transcurso del arbitraje. Pero no son, ni puede el Tribunal permitir que sean, una nueva oportunidad para que las partes reformulen sus peticiones o sus argumentos”⁶³.

27. En relación con los argumentos de Iberdrola, el tribunal de *Iberdrola* concluyó 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” y que Iberdrola le había solicitado al tribunal que revisara “las decisiones regulatorias de la CNEE, del MEM y las judiciales de las cortes guatemaltecas, no a la luz del derecho internacional, sino del derecho interno de Guatemala”⁶⁴. El Tribunal asimismo señaló: “según la reclamación planteada por la Demandante, [el tribunal] tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia, para definir” varias cuestiones de derecho guatemalteco⁶⁵. El tribunal también observó que solo de manera marginal existió “debate acerca de las violaciones del Tratado, o del derecho internacional, o de cuáles actuaciones de la República de Guatemala, en ejercicio de poder del Estado, habían violado determinados estándares contenidos en el Tratado”⁶⁶. En efecto, el tribunal entendió que: “[p]or la forma en que se desarrollaron el debate y las audiencias y por los temas que se plantearon, este proceso semejaba más un arbitraje

⁶¹ *Ibid.* párrafo 320.

⁶² *Ibid.* párrafo 347.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.* párrafos 353, 354.

⁶⁵ *Ibid.* párrafo 354 (énfasis añadido).

⁶⁶ *Ibid.* párrafo 352.

comercial internacional que uno de inversión”⁶⁷. En los términos del tribunal: “[e]l debate de derecho internacional que se dio durante este proceso fue meramente teórico” y “no hay en los escritos de la Demandante una conexión entre los hechos que alega y los estándares que invoca, ni una materialización del hecho o hechos de imperio que, a la luz del derecho internacional, podrían haber sido considerados violaciones de sus derechos según el Tratado”⁶⁸. El tribunal entendió que Iberdrola no había logrado demostrar que “si su posición en cuanto a las diferencias de derecho local que originaron este conflicto fuera la correcta, la consecuencia sería que la Demandada vulneró el Tratado o el derecho internacional” y que “[t]al demostración es necesaria para que el CIADI pueda tener jurisdicción y el Tribunal competencia” sobre la controversia⁶⁹. Por ello, el tribunal concluyó que no tenía competencia sobre las reclamaciones de la demandante sobre expropiación y violación de los estándares de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y de la cláusula paraguas⁷⁰. Las circunstancias son distintas en el caso que nos ocupa.

28. A diferencia del caso *Iberdrola*, la Demandante no planteó un reclamo por expropiación en el presente arbitraje, sino simplemente un reclamo por violación de trato justo y

⁶⁷ *Ibid.* párrafo 353.

⁶⁸ *Ibid.* párrafo 358.

⁶⁹ *Ibid.* párrafo 357.

⁷⁰ *Ibid.* párrafo 373. En tal sentido, el tribunal señaló que “por la forma en que la Demandante planteó su caso, el Tribunal ni siquiera tiene competencia para considerar las alegaciones de las partes acerca de la naturaleza regulatoria o contractual de la controversia, ya que esta sería, ante todo, una cuestión relativa al fondo de la controversia”. *Ibid.* párrafo 356 nota al pie 347. No obstante ello, el razonamiento del tribunal es circular. Al evaluar si tiene competencia en *ratione materiae*, un tribunal debe analizar si los hechos, según el planteo de la demandante, pueden constituir una violación del tratado aplicable. Por este motivo, el tribunal tiene competencia para considerar todos los argumentos planteados por la demandante y para determinar si es competente o no para resolverlos. El tribunal no puede ignorar determinados argumentos, considerados relevantes para la etapa de fondo, y determinar por otra parte que los restantes argumentos planteados por la demandante resultan insuficientes para constituir un incumplimiento del tratado, tal como parece haberlo hecho el tribunal del caso *Iberdrola*. El razonamiento del tribunal de *Iberdrola* en este sentido es particularmente desconcertante, ya que el tribunal desestimó el reclamo por considerar que era de naturaleza “regulatoria” y que planteaba simplemente cuestiones de interpretación del derecho guatemalteco, pero se declaró incompetente para analizar la controversia, de supuesta naturaleza regulatoria.

equitativo de conformidad con el Artículo 10.5 del DR-CAFTA⁷¹. En tanto que el tribunal del caso *Iberdrola* criticó a Iberdrola por cambiar el foco de su reclamo principal de expropiación a un reclamo por violación del estándar de trato justo y equitativo, en este caso la Demandante no ha cambiado el foco ni ha reformulado sus pretensiones ni su argumentación en ningún sentido. Por el contrario, la Demandante mantuvo coherentemente su reclamo por violación del estándar de trato justo y equitativo —el único reclamo planteado en este arbitraje—, al igual que los argumentos de hecho en los que fundó dicho reclamo, en todos los escritos presentados en este caso.

29. Asimismo, a diferencia de los hechos del arbitraje del caso *Iberdrola*, en este caso la Demandante le ha pedido al Tribunal que revea los actos de Guatemala durante la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente al período 2008-2013 no a la luz del derecho guatemalteco, sino a la luz de la obligación de Guatemala, surgida del Artículo 10.5 del DR-CAFTA, de otorgar a la inversión de la Demandante en EEGSA un trato justo y equitativo. Tal como se indicó *supra*, el reclamo de trato justo y equitativo de la Demandante no se origina en un mero desacuerdo acerca de la interpretación correcta del derecho guatemalteco, ni de simples irregularidades regulatorias en la relación habitual de EEGSA con la CNEE. Por el contrario, el

⁷¹ En su Dúplica, la Demandada erróneamente afirma que la Demandante “retiró su reclamo de expropiación”, al que había hecho referencia en su Notificación de Intención. No obstante ello, una reclamación conforme al DR-CAFTA no se considera sometida a arbitraje hasta el momento de la presentación de la notificación de arbitraje. Dado que el reclamo no se considera presentado mediante la notificación de intención, es imposible concluir que se retiró un reclamo en una notificación de arbitraje que había sido presentado con anterioridad. Ver DR-CAFTA, Art. 10.16(2) (“[A]ntes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje”) (CL-1); *Ibid.*, Art. 10.16(4) (“Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (‘notificación de arbitraje’): (a) a la que se refiere el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI sea recibida por el Secretario General”); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)99/1, Decisión Provisional sobre Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares del 6 de diciembre de 2000 párrafo 44 (“es el momento en que la notificación de arbitraje fue recibida por el Secretario General, más que el momento de envío de la notificación de intención de someter la reclamación a arbitraje, el que puede interrumpir el transcurso del plazo de prescripción en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1117 (2) del TLCAN”). (CL-90); *acuerdo Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)99/1, Escrito de los Estados Unidos de América acerca de Cuestiones Preliminares del 6 de octubre de 2000, párrafo 14 (“Estados Unidos considera que es cuando un reclamo se somete a arbitraje, y no al momento de la presentación de la notificación de intención de someter un reclamo a arbitraje que un reclamo se ‘considera realizado’ a los fines del Artículo 1117(2) [del TLCAN].”) (CL-91).

reclamo de la Demandante surge de los actos calculados y deliberados de Guatemala en contravención de sus manifestaciones anteriores; los cambios fundamentales del marco regulatorio, creado expresamente con el fin de alentar la inversión extranjera; y su proceder de mala fe en relación con la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013. Como lo ha demostrado la Demandante, varios tribunales han determinado que el estándar de trato justo y equitativo se ve conculcado cuando, al igual que en la especie, el Estado viola las expectativas legítimas de un inversor que surgen de las manifestaciones específicas realizadas por el Estado a fin de inducir la inversión por parte de ese inversor⁷². Varios tribunales han resuelto también que el estándar de trato justo y equitativo se incumple cuando, como en este caso, el Estado socava o modifica aspectos esenciales de su propio régimen jurídico en el que confió el inversor al momento de realizar la inversión, ya sea por medidas legislativas, regulatorias, administrativas o de otra índole⁷³. De manera similar, muchos tribunales han concluido que el estándar de trato justo y equitativo se viola cuando un Estado actúa en forma arbitraria o procede de mala fe a fin de lograr un resultado favorable para sí en detrimento del inversor⁷⁴, como ocurrió en este caso.

⁷² Ver Réplica, párrafos 254-260 (citando *Total S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad del 27 de diciembre de 2010 (“*Total c. Argentina*”) (CL-70); *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo del 18 de agosto de 2008 (CL-19); *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazakhsan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008 (CL-39); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo del 24 de julio de 2008 (“*Biwater Gauff c. Tanzania*”) (CL-10); *BG Group Plc. c. la República Argentina*, CNUDMI, Laudo del 24 de diciembre de 2007 (“*BG Group c. Argentina*”) (CL-9)); ver también Memorial párrafos 245-258.

⁷³ Ver Réplica, párrafos 238-246 (citando *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo del 18 May 2010 (“*ATA Construction c. Jordania*”) (CL-58); *Biwater Gauff c. Tanzania* (CL-10); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E Int’l Inc. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006 (CL-27); *CMS Gas Transmission Co. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 (CL-17)); ver también Memorial párrafos 228-258.

⁷⁴ Ver Réplica, párrafos 231-253 (citando *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Capítulo Once del TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009 (CL-12); *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo del 19 de enero de 2007 (“*PSEG c. Turquía*”) (CL-37); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (“*CME c. República Checa*”) (CL-16)); ver también Memorial párrafos 229-244.

30. El análisis de derecho internacional ofrecido por la Demandante en este caso no ha sido meramente teórico, como concluyó el tribunal en el caso *Iberdrola*. Por el contrario, la Demandante ha demostrado, mediante citas de jurisprudencia en materia de tratados y otras fuentes de derecho internacional, que, si su planteo es correcto, “la consecuencia sería que la Demandada vulneró el Tratado o el derecho internacional”⁷⁵. Como la decisión jurisdiccional en el caso *Iberdrola* se basó en la conclusión del tribunal de que la demandante en ese caso había modificado la naturaleza y el foco de sus reclamos y que los escritos de la demandante se orientaban a probar violaciones de derecho interno y otras cuestiones técnicas y no había explicado por qué dichas violaciones, de probarse, constituirían un incumplimiento del tratado, las conclusiones de ese tribunal no resultan útiles en este caso, ya que el Tribunal debe considerar los reclamos de la Demandante según fueron formulados. Sobre la base de los escritos presentados en este arbitraje, no hay forma de concluir que la Demandante no ha planteado un reclamo que, de probarse, pudiera constituir un incumplimiento del DR-CAFTA. Por ello, el Laudo del caso *Iberdrola* no resulta aplicable a la especie.

2. La conclusión del tribunal del caso *Iberdrola* al declararse incompetente para analizar cuestiones de derecho interno en un contexto regulatorio es claramente errada

31. En su Dúplica, citando el laudo *Iberdrola*, la Demandada alega que “una reclamación cuya base fundamental es si un regulador en ejercicio de sus funciones interpretó y aplicó correctamente un marco regulatorio [...] no puede dar lugar a una reclamación por violación de los estándares internacionales de protección de inversiones” ya que “la controversia es meramente de derecho local (si se violó o no la regulación)”⁷⁶. Tal como ha quedado demostrado en los escritos anteriores de la Demandante, y *supra*, a diferencia del caso en el arbitraje *Iberdrola*, la Demandante no ha presentado al Tribunal una mera controversia regulatoria respecto de la interpretación de la CNEE del derecho guatemalteco.

⁷⁵ *Iberdrola v. Guatemala* párrafo 357 (RL-32).

⁷⁶ Dúplica, párrafos 51, 61.

32. En todo caso, la posición del tribunal del caso *Iberdrola* al determinar que no era competente para analizar cuestiones de derecho interno y evaluar la conducta de un ente administrativo o regulatorio a la luz del derecho internacional, planteada por la Demandada, es claramente incorrecta. Al desestimar las reclamaciones de Iberdrola por declararse incompetente, el tribunal del caso *Iberdrola* señaló 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”⁷⁷. El tribunal se declaró incompetente para resolver, entre otras cosas, acerca de “las facultades de la CNEE” conforme al derecho guatemalteco, y la naturaleza de la participación del distribuidor en el cálculo del VAD conforme a los Artículos 74 y 75 de la LGE⁷⁸. Sin embargo, la decisión del tribunal de declararse incompetente para entender en dichas cuestiones de derecho interno conculca vasta jurisprudencia y doctrina que confirma que los tribunales de tratados de inversión están facultados para entender en cuestiones de derecho interno a fin de determinar si se incumplió una obligación de derecho internacional.

33. Tal como se refleja en el comentario al Artículo 3 de los Artículos de la CDI, las normas de derecho internacional en materia de trato debido a la inversión extranjera establecidas en los tratados bilaterales de inversión por lo general se determinan mediante remisión al derecho interno de un Estado:

Particularmente en materia de perjuicios causados a los extranjeros y a sus bienes y en materia de derechos humanos, el contenido y la aplicación del derecho interno serán a menudo pertinentes para la cuestión de la responsabilidad internacional. En cada caso se deberá analizar si las disposiciones del derecho interno son pertinentes, como hechos,, para aplicar la norma internacional que

⁷⁷ *Iberdrola v. Guatemala* párrafo 367 (RL-32).

⁷⁸ *Ibid.* párrafo 354(g).

proceda, o si están efectivamente incorporadas de alguna forma, condicional o incondicionalmente, en dicha norma⁷⁹.

34. Este principio fue ratificado por varios tribunales, entre ellos, el tribunal del caso *Kardossopoulos c. Georgia*, en el cual el tribunal señaló: “es un principio arraigado que existen cláusulas de derecho internacional que sólo se pueden instrumentar mediante remisión al derecho interno”⁸⁰. El tribunal del caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, en sentido similar, señaló que “el Tratado Bilateral de Inversiones no es un sistema jurídico cerrado y autosuficiente que establezca normas sustantivas de aplicación directa”, sino que “debe interpretarse en un contexto jurídico más amplio en el cual se integran normas de distintas fuentes mediante métodos de incorporación implícita, o mediante referencia directa a ciertas normas complementarias, ya sea de derecho internacional o de derecho interno”⁸¹. En *Total c. Argentina*, el tribunal asimismo señaló que las leyes del Estado receptor “no se limitan a establecer las circunstancias fácticas. El contenido y el alcance de los derechos económicos ([de la demandante] [...] deben ser determinados por el Tribunal sobre la base de los principios legales y las disposiciones de la Argentina”⁸². Por consiguiente, no existe ninguna prohibición que le impida a un tribunal de tratados de inversiones determinar cuestiones de derecho interno a fin de informar su decisión respecto de si se ha violado una obligación de derecho internacional⁸³.

⁷⁹ JAMES CRAWFORD, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 89 (2005) (“*Crawford, ILC Articles*”), Art. 3, comentario (7) (CL-97).

⁸⁰ *Ioannis Kardossopoulos c. Georgia*, Caso CIADI No ARB/05/18, Decisión sobre jurisdicción del 6 de julio de 2007 (“*Kardossopoulos c. Georgia*”) párrafo 145 (se omitieron las citas del documento original) (CL-88).

⁸¹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Final Laudo del 27 June 1990 párrafo 21 (CL-82).

⁸² *Total c. Argentina* párrafo 39 (CL-70).

⁸³ Ver, por ejemplo *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003 párrafo 95 (donde se rechaza la objeción de la Argentina de que el Tribunal debe declararse incompetente sobre la reclamación porque, supuestamente, “es imposible que este Tribunal pueda resolver la diferencia sin decidir sobre el alcance de los derechos de ABA y de la Provincia según lo establecido en el Contrato de Concesión o ejercer funciones regulatorias al emprender la tarea de considerar judicialmente las decisiones de los organismos regulatorios de la Provincia y de Argentina”, y,

35. Por ello, numerosos tribunales de tratados de inversiones han resuelto cuestiones de derecho interno, por ejemplo, en casos como éste, en los que el reclamo del inversor se basaba en un cambio unilateral del régimen jurídico, un abuso de poder, o cualquier otra conducta arbitraria del Estado receptor⁸⁴. Por ejemplo, en *EDF c. Argentina*, el tribunal concluyó que la Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo al modificar el régimen tarifario que había implementado para atraer inversiones extranjeras para su sector eléctrico⁸⁵. En ese caso, las demandantes alegaron que la Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo, entre otras cosas, al aprobar las Leyes de Emergencia, que “destruyeron el régimen jurídico creado para atraer la inversión de las Demandantes”⁸⁶, mientras que la Argentina afirmó, en su defensa, que “en todas las circunstancias las autoridades nacionales y provinciales actuaron en forma razonable, responsable, no discriminatoria y proporcionada a la luz de sus responsabilidades públicas en condiciones extraordinarias”⁸⁷.

36. Al analizar el reclamo de trato justo y equitativo de las demandantes, el tribunal del caso *EDF* analizó el marco regulatorio de distribución de electricidad y determinó que el ente regulatorio a cargo del sector eléctrico había modificado unilateralmente los términos del contrato de concesión de las demandantes, al igual que el régimen tarifario, en violación del

señalando que “su función se limita a decidir si Argentina ha incumplido sus obligaciones con Azurix en virtud de lo dispuesto en el APPRI” y que “la medida en que esta función requiera un análisis de los hechos que puedan haberse presentado ante un juzgado o tribunal administrativo de Argentina... no son cuestiones que el Tribunal deba decidir en esta fase del procedimiento... tampoco son consideraciones relevantes que el Tribunal deba tener en cuenta al determinar [...] su propia competencia...” (CL-83).

⁸⁴ Ver, por ejemplo, *Telefónica S.A c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción del 25 de mayo de 2006 párrafo 87 (donde señala que tenía competencia en razón de la materia sobre los reclamos de “supuestos incumplimientos de la Argentina, a través de medidas legislativas y de otra índole, adoptadas en 2001 y 2002, del régimen jurídico aplicable a la inversión de Telefónica en el sector de telecomunicaciones de Argentina en violación de varias disposiciones del TBI”) (CL-96).

⁸⁵ *EDF Int’l S.A., Saur Int’l S.A. & Leon Participaciones Argentinas S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo del 11 de junio de 2012 (“*EDF c. Argentina*”) párrafos 994-1051 (CL-86).

⁸⁶ *Ibid.* párrafo 364.

⁸⁷ *Ibid.* párrafo 370.

estándar de trato justo y equitativo⁸⁸. En igual sentido, el tribunal señaló que la Argentina “claramente se había embarcado en una campaña para atraer inversión extranjera al adquirir el 51% de la empresa” y que “la gira promocional y el Memorandum Informativo de Argentina, entre otras cosas, proclamaban un régimen jurídico amigable para los inversores, y ofrecían a los inversores un retorno razonable al igual que una serie de protecciones a medida para que la inversión resultara más atractiva para los mercados extranjeros de capitales”⁸⁹. El tribunal señaló asimismo que la Argentina había ofrecido “garantías y compromisos específicos que daban lugar a fuertes expectativas de una inversión a largo plazo sujeta a un mínimo riesgo regulatorio o político”⁹⁰. En relación con el régimen tarifario, el tribunal señaló que el ente regulatorio, entre otras cosas, había “modificado unilateralmente los términos del Contrato de Concesión mediante la Resolución No. 8/98, que permitía efectivamente a los grandes usuarios pagar solo por el mínimo anual de su consumo de electricidad en lugar del máximo, como se había establecido originalmente”⁹¹.

37. Al igual que en el presente caso, la empresa de distribución de las demandantes en el caso *EDF* presentó “un reclamo administrativo en primera instancia ante [el ente regulatorio], que, en efecto, era el mismo ente gubernamental independiente que había emitido las resoluciones administrativas perjudiciales para” la empresa de distribución de las demandantes⁹². No pasó inadvertido para el tribunal el “doble papel del ente regulatorio, como juez y parte, y esta dualidad resulta intrínsecamente sospechosa a la hora de hacer justicia ante un tribunal administrativo”⁹³. El tribunal señaló que “el proceso de recurso administrativo no constituía un reclamo suficiente, ya que todos y cada uno de los recursos presentados” habían sido rechazados y que “[e]n cuanto a la etapa final del procedimiento, la Corte Suprema de Mendoza rechazó

⁸⁸ *Ibid.* párrafos 998-1090.

⁸⁹ *Ibid.* párrafo 1008.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* párrafo 1031.

⁹² *Ibid.* párrafo 1094.

⁹³ *Ibid.* párrafo 1095.

todos los reclamos” planteados por la empresa de distribución de las demandantes⁹⁴. Cabe destacar que el hecho de que la Corte Suprema de Mendoza haya rechazado todos los reclamos planteados por la distribuidora de las demandantes ante los tribunales argentinos no privaba al tribunal de *EDF* de competencia para considerar el reclamo de trato justo y equitativo de las demandantes, ni le impedía al tribunal analizar el contenido del marco regulatorio o el alcance de los poderes regulatorios del ente a la luz del derecho argentino. El tribunal tampoco limitó el reclamo de trato justo y equitativo a un reclamo por denegación de justicia, tal como se explicará más adelante.

38. En igual sentido, en el único arbitraje conforme al DR-CAFTA en el que se arribó a una decisión sobre el fondo hasta la fecha, el tribunal del caso *Railroad Development Corp. c. Guatemala* concluyó que Guatemala había violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la demandante, por haberse comportado de forma “arbitraria, abiertamente inequitativa e injusta”⁹⁵, al declarar uno de los contratos de la Demandante *lesivo*, o contrario a los intereses nacionales⁹⁶. De este modo, el tribunal analizó el alcance de los poderes del Presidente conforme al derecho guatemalteco de emitir una declaración de ese tipo, y concluyó que “el procedimiento del *lesivo* tenía características que favorecían un posible abuso por parte del Gobierno”⁹⁷ y “el recurso del *lesivo* se ha utilizado como manto de apariencia formal supuestamente en defensa del estado de derecho...”⁹⁸ Al concluir que Guatemala había abusado de su poder e intentado ocultar su proceder ilícito “bajo un manto” de legalidad, el tribunal determinó, entre otras cosas, que la demandante tenía una expectativa legítima; que el contrato en cuestión, que había sido sujeto de una licitación pública, era de interés nacional; que el

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Railroad Development Corp. (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo del 29 June 2012 (“*RDC c. Guatemala*”) párrafo 235 (citando *Waste Management II*) (CL-92).

⁹⁶ *Ibid.* párrafo 235. Con sustento en la presentación efectuada por El Salvador y Honduras en este caso, la Demandada omite en su Dúplica que el tribunal había determinado que Guatemala era responsable. *Ver* Dúplica, párrafo 20 y nota al pie 22.

⁹⁷ *RDC c. Guatemala* párrafo 233 (CL-92).

⁹⁸ *Ibid.* párrafo 234.

Gobierno había incumplido compromisos asumidos frente a la demandante en los que tenía derecho a confiar; y que las pruebas contemporáneas demostraban que la demandada estaba utilizando el poder que le otorgaba la ley para un propósito distinto al originalmente concebido⁹⁹. Cabe destacar que el tribunal no se limitó a analizar el derecho guatemalteco para determinar los alcances de las potestades de la demandada y si, por ejemplo, el Presidente tenía discrecionalidad para ejercer el recurso del *lesivo*, que constituía una cuestión controvertida entre las partes¹⁰⁰, pero luego determinó que Guatemala había violado sus obligaciones bajo el tratado independientemente de la legalidad de sus actos conforme a derecho internacional. Asimismo, el tribunal llegó a esta conclusión a pesar de la insistencia de la demandada en el sentido de que “los tribunales guatemaltecos determinaron que la Declaración de Lesivo no tenía efecto alguno sobre la inversión o los derechos de la Demandante en virtud del Contrato...”¹⁰¹

39. En igual sentido, en *PSEG c. Turquía*, el tribunal concluyó que Turquía había violado el estándar de trato justo y equitativo mediante “grave negligencia e incongruencia administrativa”, como también abuso de autoridad” por parte del Ministerio de Energía y Recursos Naturales, la contraparte de la demandante en un contrato de concesión para la construcción de una planta de generación termal¹⁰². El tribunal determinó que el Ministerio no había procedido en forma competente y profesional en las negociaciones con la demandante, entre otras cosas, por no haber resuelto e informado puntos clave de desacuerdos con la demandante, por no haber analizado comunicaciones importantes y por la negativa a reconocer la necesidad de poner fin a las negociaciones infructuosas¹⁰³. El tribunal señaló que las demandas

⁹⁹ *Ibid.* párrafos 232-235; ver también *Ibid.* párrafo 222 (donde se concluye que el remedio del *lesivo* podía “fácilmente dar abusos en su aplicación y corresponde a este Tribunal determinar si se abusó en este caso y si ello constituye una violación del estándar de trato mínimo”).

¹⁰⁰ Ver *Ibid.* párrafo 227 (“El Tribunal señala que se trata de documentos de la Demandada redactados por la Demandada y su perito, y el Presidente no tiene ninguna discreción en cuestiones de *lesividad*. Tiene discreción, y la utilizó, al aprobarlo su Gobierno para un fin distinto de aquél para el que fue creado...”).

¹⁰¹ *Ibid.* párrafo 171.

¹⁰² *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo del 19 de enero de 2007 (“*PSEG c. Turquía*”), párrafos 246-248 (CL-37).

¹⁰³ *Ibid.* párrafos 246-248.

del Ministerio de una renegociación del contrato de la demandada “iban más allá del propósito de la Ley, y tenían por objeto reabrir aspectos del Contrato que no estaban discutidos en el caso, o siquiera dentro de sus potestades”¹⁰⁴. De esta forma, el tribunal no se limitó a analizar el contrato de concesión de la demandante, sino que analizó también la autoridad del Ministerio bajo el derecho de Turquía.

40. Y en el caso *Tecmed c. México*, el tribunal sostuvo que México había violado el estándar de trato justo y equitativo cuando su agencia ambiental se negó a renovar la licencia de la demandante para operar un terreno de desechos no por motivos ambientales o de salud humana, que se encontraban dentro de su jurisdicción, sino “por razones políticas originadas en la existencia de formas de oposición social”¹⁰⁵. De esta manera, el tribunal analizó “los factores o pautas que debía tener en cuenta [la agencia ambiental] para decidir o no acerca de la renovación o no de autorizaciones como la Autorización”, y concluyó que la agencia ambiental había recurrido “a la no renovación de la autorización para superar vicisitudes no relacionadas con la salvaguardia de la salud pública y el medio ambiente, cuando es en relación con la protección de estas últimas donde, a la luz de la prueba producida, la función preventiva del [la agencia ambiental] se manifestaría de manera más nítida y predecible”¹⁰⁶. Una vez más, a diferencia del tribunal del caso *Iberdrola*, el tribunal del caso *Tecmed* no tuvo dificultad en asumir la jurisdicción sobre una diferencia o analizar el contenido de los actos de una agencia ambiental conforme al derecho mexicano.

41. Asimismo, tal como lo señalara el tribunal del caso *Waste Management II c. México*, los tribunales conformados conforme al Capítulo Once del TLCAN han concordado en que resulta violado el estándar de trato mínimo del derecho consuetudinario ante “la falta total de

¹⁰⁴ *Ibid.* párrafo 247.

¹⁰⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003 (“*Tecmed c. México*”) párrafos 164, 166 (CL-95).

¹⁰⁶ *Ibid.* párrafo 164.

transparencia y candor en un proceso administrativo”¹⁰⁷. Es axiomático que, a fin de determinar si un proceso administrativo tal como la revisión tarifaria de EEGSA 2008-2013 fue realizado por los entes regulatorios competentes de buena fe, con candor y transparencia, el tribunal deba analizar el alcance de la autoridad del ente regulador conforme al derecho interno a fin de determinar si el regulador abusó de su autoridad o si actuó de manera ilícita o inadecuada en el transcurso del proceso administrativo. Por ello, el tribunal de *Iberdrola* se equivocó al concluir 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”¹⁰⁸. El simple hecho de que el Estado invoque su propia autoridad conforme al derecho interno o realice ciertos actos frente a una inversión protegida no priva *ipso facto* al tribunal de competencia para determinar si, al realizar tales actos, el Estado actuó en violación de su obligación internacional de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras protegidas. En efecto, es un principio arraigado que un estado no puede ampararse en las disposiciones de derecho interno para eludir una obligación internacional¹⁰⁹.

42. Por ello, en la especie, el Tribunal es competente para determinar si los actos de Guatemala en el marco de la revisión tarifaria de EEGSA 2008-2013 violaron la obligación de trato justo y equitativo establecida en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA. En especial, el Tribunal tiene jurisdicción para considerar cuestiones de derecho guatemalteco a fin de determinar si la Demandada implementó cambios fundamentales al marco regulatorio en el cual confió la Demandante legítimamente al invertir en EEGSA, y si los actos de la CNEE durante la revisión tarifaria de EEGSA 2008-2013 se vieron motivados por una interpretación de buena fe del

¹⁰⁷ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Capítulo Once, TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo del 30 de abril de 2004 (“*Waste Management II*”) párrafo 98 (CL-46).

¹⁰⁸ *Iberdrola c. Guatemala* párrafo 367 (RL-32).

¹⁰⁹ *Ver, por ejemplo*, Crawford, Artículos de la CDI, Art. 3 (CL-97).

derecho guatemalteco, como lo afirma la Demandada¹¹⁰, o si, por el contrario, fueron incoherentes, no transparentes y de mala fe, orientados a lograr el resultado buscado por la Demandada: una marcada reducción de las tarifas de electricidad de EEGSA a través del VAD¹¹¹. Al ejercer su jurisdicción, el Tribunal no actúa como un súper regulador, como una Comisión Pericial o un tribunal de apelaciones guatemalteco, tal como alega la Demandada. Por el contrario, simplemente analiza las pruebas presentadas a fin de determinar si los actos de Guatemala en este caso violaron su obligación jurídica de garantizar un trato justo y equitativo a la inversión de TECO en EEGSA. Tal como demuestran las pruebas, los actos de Guatemala en relación con la revisión tarifaria de EEGSA correspondiente a los años EEGSA 2008-2013 sí lo hicieron.

3. La decisión del Tribunal *Iberdrola* no guarda relación alguna con la declaración de la Demandante de que la frustración de sus expectativas legítimas como consecuencia del obrar de Guatemala constituye un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo

43. Tal como refleja el Laudo del caso *Iberdrola*, al desestimar el reclamo de trato justo y equitativo promovido por Iberdrola por falta de competencia, el tribunal no analizó ni consideró siquiera el contenido de las supuestas expectativas de Iberdrola¹¹²; si estas expectativas se basaban en declaraciones previas de la Demandada y si eran legítimas; si las acciones de Guatemala frustraron estas expectativas; y, si efectivamente lo hicieron, si esta frustración constituía una violación de la obligación de la Demandada de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión de Iberdrola. El planteo de Iberdrola de que Guatemala incumplió con su obligación de brindarle a su inversión un trato justo y equitativo al violar sus expectativas legítimas, al igual que los argumentos de TECO en relación con sus legítimas expectativas, no puede decirse que concierna lo que se conoce como una mera desavenencia regulatoria entre la

¹¹⁰ Dúplica, párrafos 51-54.

¹¹¹ Réplica, párrafos 283-287.

¹¹² Ver, por ejemplo, *Iberdrola c. Guatemala*, párrafos 324-334, 350-373 (RL-32).

CNEE y EEGSA en el derecho guatemalteco, y, de hecho, no depende en absoluto de la correcta interpretación de las leyes de Guatemala¹¹³.

44. En el caso *Iberdrola*, Iberdrola sostuvo que Guatemala había hecho declaraciones “para inducir a los inversores internacionales a invertir en Guatemala” en sus giras de promoción o “road shows”, además de en su Memorándum Informativo de Venta, donde se informaba a los potenciales inversores extranjeros que la CNEE “revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará a una comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias”¹¹⁴. Iberdrola sostuvo también que “la interpretación actual de Guatemala no fue la interpretación que se presentó a los inversores y que defendió la CNEE y todos los demás miembros del sector hasta esta última revisión tarifaria”, tal como se refleja, entre otros casos, en el Memorándum Informativo de Venta, “en el que se informó inequívocamente que la Comisión Pericial era un órgano que resolvería las discrepancias entre el distribuidor y la CNEE” y los términos de referencia para la revisión tarifaria de EEGSA del período 2003-2008, en los que se establecía que “[e]s sobre estas diferencias intermedias, que constituyan discrepancias formuladas por escrito, sobre las que se pronunciará la Comisión Pericial a que se refiere el artículo 75 de la Ley, en el caso eventual de que, al final del proceso de revisión tarifaria, subsistiesen diferencias entre la CNEE y la DISTRIBUIDORA, que tuviesen que ser conciliadas por parte de la Comisión Pericial anteriormente mencionada”¹¹⁵. Si bien el tribunal del caso *Iberdrola* señaló que “[no] basta con etiquetar su propia interpretación de los antecedentes de la LGE y el RLGE de ‘legítimas expectativas’”¹¹⁶, al determinar si tenía o no jurisdicción para entender en el reclamo de trato justo y equitativo promovido por Iberdrola, el tribunal no analizó ni consideró siquiera la relevancia de las declaraciones anteriores de

¹¹³ El tribunal del caso *Iberdrola* tampoco analizó si las modificaciones al Artículo 98 del RLGE constituía un cambio fundamental del marco regulatorio en violación de la obligación de trato justo y obligatorio, como sostiene la Demandante en este caso. Al igual que los argumentos de la Demandante en relación con sus expectativas legítimas, su reclamo se basa en un cambio fundamental del marco regulatorio no depende de la correcta interpretación de las leyes de Guatemala.

¹¹⁴ *Íd.*, párrafo 140.

¹¹⁵ *Íd.*, párrafo 141.

¹¹⁶ *Íd.*, párrafo 368.

Guatemala, o si la supuesta violación de esas declaraciones podía constituir una violación del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el TBI. Esta omisión por parte del tribunal de *Iberdrola* ha sido a todas luces desacertada.

45. Varios tribunales, incluidos los tribunales establecidos en virtud del Capítulo XI del TLCAN y un reciente tribunal conformado en virtud del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA-RD), por sus siglas en inglés), han reconocido que las expectativas legítimas de un inversor son parte integral del estándar de trato justo y equitativo. De hecho, recientemente en un arbitraje promovido en virtud del CAFTA-RD, Guatemala respaldó el estándar de trato justo y equitativo tal como lo describieron los tribunales constituidos en virtud del Capítulo XI del TLCAN en los casos *Waste Management II* y *Thunderbird c. México*¹¹⁷. En el caso *Waste Management II*, el tribunal sostuvo que “[a] aplicar este criterio [es decir, el criterio de trato mínimo conforme al derecho internacional consuetudinario] es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”¹¹⁸. Y, como señala la Demandante en su Memorial de Réplica¹¹⁹, en el caso *Thunderbird c. México*, el tribunal sostuvo lo siguiente:

A la luz de la jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto de ‘expectativas legítimas’ guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en la que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, de modo que la omisión de la Parte del TLCAN en el

¹¹⁷ *RDC c. Guatemala*, párrafo 162 (“La Demandada acertadamente hace referencia a cómo el estándar mínimo de trato fue descrito por los tribunales arbitrales en *Waste Management II*, *GAMI*, *Thunderbird* y *Genin*”) (citadas internamente omitidas) (CL-92).

¹¹⁸ *Waste Management II*, párrafo 98 (CL-46); ver también *Memorial de Réplica*, párrafo 255.

¹¹⁹ *Réplica*, párrafo 257.

respeto de dichas expectativas podría perjudicar al inversor (o a su inversión)¹²⁰.

46. En el reciente caso de *Railroad Development Corp. c. Guatemala*, el tribunal constituido en virtud del CAFTA-RD adoptó el estándar de *Waste Management II* y resolvió que “de manera convincente integra el análisis acumulado de anteriores Tribunales constituidos en virtud del TLCAN y refleja una descripción equilibrada del estándar mínimo de trato”¹²¹.

47. En este mismo sentido, el tribunal del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos* coincidió con este concepto y señaló al respecto que “un Estado deb[e] responder por las expectativas objetivas que hubiera generado *con el propósito de inducir* la inversión”.¹²² Asimismo, el tribunal de *Grand River Enterprises c. Estados Unidos* entendió que “el concepto de expectativas legítimas o razonables en el contexto del TLCAN se corresponde con aquellas expectativas sobre las que un inversor tenía derecho a basarse como resultado de las declaraciones o la conducta de un estado parte”.¹²³ El tribunal del caso *Grand River Enterprises* señaló también que “las expectativas legítimas o razonables del tipo de las que protege el TLCAN son aquellas que surgen de las declaraciones dirigidas o afirmaciones realizadas explícita o implícitamente por un estado parte”.¹²⁴ Tal como resolvió el tribunal, “[l]a cuestión de las expectativas legítimas, por consiguiente, no es equivalente a la cuestión de si un inversor tiene o no en última instancia derecho a una proposición jurídica impugnada que favorecería al inversor”,¹²⁵ lo que confirma que el análisis de las expectativas legítimas no exige un pronunciamiento sobre la correcta interpretación del derecho interno. De hecho, como sostuvo el

¹²⁰ *International Thunderbird Gaming Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Capítulo XI del TLCAN, CNUDMI, Laudo del 26 de enero de 2006, párrafo 147 (CL-25).

¹²¹ *RDC c. Guatemala*, párrafo 219 (CL-92).

¹²² *Glamis Gold, Ltd. c. los Estados Unidos de América*, Capítulo XI del TLCAN, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párrafo 621 (énfasis en el original) (CL-23).

¹²³ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. los Estados Unidos de América*, Capítulo XI del TLCAN, CNUDMI, Laudo del 12 de enero de 2011 (“*Grand River Enterprises c. Estados Unidos*”), párrafo 140 (CL-87).

¹²⁴ *Íd.*, párrafo 141.

¹²⁵ *Íd.*, párrafo 140.

tribunal constituido en virtud del Capítulo XI del TLCAN en *ADF c. Estados Unidos*, dicho reclamo puede fundarse en las falsas declaraciones realizadas por un funcionario autorizado en relación con el marco legal¹²⁶.

48. En consonancia con estas decisiones, en el presente caso el Tribunal tiene jurisdicción para determinar si las acciones de Guatemala durante la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2008-2013 violaron las expectativas legítimas de la Demandante generadas por las declaraciones específicas realizadas por Guatemala para inducir la inversión extranjera en EEGSA. Al hacerlo, el Tribunal no actúa como regulador o tribunal extraordinario de apelaciones, como argumenta la Demandada, sino que, por el contrario, analiza las declaraciones específicas de Guatemala y determina si, en vista de todas las pruebas presentadas, las acciones de Guatemala eran contrarias a dichas declaraciones y, por lo tanto, violatorias de su obligación de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante. Las pruebas muestran que las acciones de Guatemala eran contrarias no solo a las declaraciones específicas realizadas por Guatemala para inducir la inversión extranjera en EEGSA sino también al marco legal y regulatorio en vigencia cuando la Demandante realizó la inversión y la manera en la cual Guatemala había implementado las disposiciones de la LGE y el RLGE desde 1998 hasta el año 2005¹²⁷.

D. La jurisdicción del tribunal no se limita a reclamaciones por denegación de justicia

49. En su Memorial de Dúplica, la Demandada continúa sosteniendo que, debido a que EEGSA inició acciones en los tribunales guatemaltecos, “la única reclamación posible para TGH es la de denegación de justicia, tal como lo aceptó el tribunal en *Iberdrola*¹²⁸”. Tal como demostró la Demandante en su Memorial de Réplica, el argumento de la Demandada presenta

¹²⁶ *ADF c. los Estados Unidos*, párrafo 189 (donde se desestima el reclamo luego de resolver que “todas las expectativas que haya tenido el Inversor en relación con la relevancia o aplicabilidad de la jurisprudencia que cita no fueron creadas por declaraciones engañosas de funcionarios autorizados del Gobierno Federal de los Estados Unidos...” (CL-81).

¹²⁷ *Ver, por ejemplo*, Réplica, párrafos 254-271.

¹²⁸ Dúplica, párrafo 19.

una visión tergiversada de los hechos, ya que EEGSA no inició acciones legales por las mismas reclamaciones que la Demandante ha planteado ante este Tribunal¹²⁹. Los tribunales guatemaltecos, por ejemplo, no se pronunciaron sobre cuestiones de derecho internacional; las declaraciones anteriores de la Demandada y las expectativas legítimas de TECO o EEGSA; ni tampoco sobre si las modificaciones al Artículo 98 del RLGE constituyeron un cambio fundamental en el marco regulatorio; o sobre las pruebas contemporáneas que se han producido en este proceso arbitral y demuestran la mala fe en el obrar de Guatemala. Asimismo, el argumento de la Demandada de que TECO no puede presentar sus reclamaciones en este arbitraje debido a que “TGH, a través de EEGSA, ya ha litigado ante las cortes de Guatemala las Mismas cuestiones de que se queja en este arbitraje”¹³⁰ es incorrecto por múltiples razones. No solo se debe a que las cuestiones planteadas ante este Tribunal y aquellas litigadas en los tribunales de Guatemala son distintas, sino que las partes que promovieron ambos procesos tampoco son las mismas. Las decisiones del tribunal de Guatemala, por tanto, no pueden tener efecto de cosa juzgada en relación con TECO¹³¹.

50. Además, tal como se señaló anteriormente en el Memorial de Réplica de la Demandante, el argumento de la Demandada equivocadamente fusiona los conceptos de trato justo y equitativo y denegación de justicia, y contradice varios casos sobre tratados de inversión en los que se resolvió que las acciones legislativas, administrativas o regulatorias de un estado eran violatorias del trato justo y equitativo, independientemente de si había existido denegación de justicia atribuible a los tribunales del Estado receptor¹³². En efecto, la Demandada erróneamente describe la decisión de *Iberdrola* como “el último eslabón de una larga lista de

¹²⁹ Réplica, párrafos 208-216, 283-287.

¹³⁰ Dúplica, encabezado III(C).

¹³¹ *Ver EDF c. Argentina*, párrafo 1132 (donde se señala que “está generalmente aceptado que deba satisfacerse algún requisito de identidad para que un tribunal tenga en consideración las decisiones de tribunales nacionales” y que “[c]omo explican las Demandantes, existe una ausencia notable del requisito de identidad de partes, de la acción y de estándares legales aplicables entre las reclamaciones planteadas por las Demandantes ante los tribunales locales y aquellos que se promovieron ante este Tribunal”, por lo que “[e]sta falta de identidad impide la satisfacción del requisito de identidad de la excepción de cosa juzgada o *lis pendens*, tornando así la defensa de la Demandada al respecto en un sinsentido”) (CL-86).

¹³² Réplica, párrafos 272-282.

decisiones que han confirmado que las controversias de esta naturaleza no pueden dar lugar a violaciones de tratados de protección de inversiones (*TBI*), salvo denegación de justicia.”¹³³ la decisión *Iberdrola* es, no obstante, el *único* caso en donde se desestimó una reclamación por falta de jurisdicción fundada en estos motivos, y es incorrecta en este sentido por las razones expuestas.

51. Tal como demuestra la Demandante en su Memorial de Réplica, la denegación de justicia no es más que una subcategoría del estándar internacional mínimo y una forma en la que un Estado puede violar su obligación de conferir un trato justo y equitativo a una inversión¹³⁴. Incluso en casos que involucran a los tribunales locales de un Estado, los tribunales constituidos en virtud de un tratado de inversión han reconocido que la violación del estándar de trato justo y equitativo puede ocurrir independientemente del trato dispensado por los tribunales internos. En *Vivendi II*, el tribunal rechazó, por consiguiente, el argumento que esgrime la Demandada en este caso, y entendió que “[e]n la medida en que la Demandada sostiene que la obligación del trato justo y equitativo rige para la conducta del gobierno sólo en caso de que los tribunales del Estado no puedan impartir justicia, esto al parecer es una fusión de los conceptos jurídicos de trato justo y equitativo por un lado y, por el otro, de la denegación de justicia”¹³⁵. Como señaló el tribunal, si “fuera a restringir las reclamaciones por trato injusto e inequitativo a las circunstancias en que las Demandantes también han establecido la existencia de denegación de justicia, se destruiría la norma del trato justo y equitativo.”¹³⁶

52. De manera similar, en el caso *ATA Construction c. Jordania*, el tribunal entendió que Jordania había violado el estándar de trato justo y equitativo al aplicar en forma retroactiva

¹³³ Dúplica, párrafo 62.

¹³⁴ Réplica, párrafo 272; DR-CAFTA, Art. 10.5(1) (“Cada Parte deberá acordar a las inversiones protegidas un trato conforme al derecho internacional, *incluido* el trato justo y equitativo y seguridad y protección absoluta”) (énfasis añadido) (**CL-1**); *comparar con* Art. 10.5(2)(a) (“trato justo y equitativo’ *incluye* la obligación de no denegación de justicia...”) (énfasis añadido), y Art. 10.5(2)(b) (“seguridad y protección absoluta *requiere* que cada Parte . . .”) (énfasis añadido); *ver también* *ATA Construction c. Jordania*, párrafos 121-128 (**CL-58**).

¹³⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007 (“*Vivendi IP*”), párrafos 7.4.10-7.4.11 (**CL-18**).

¹³⁶ *Íd.*, párrafos 7.4.10-7.4.11.

una nueva ley que había suprimido el derecho del inversor de recurrir a arbitraje, lo que el tribunal interpretó como “parte integral” del contrato de inversión de la demandante, a pesar de que el Tribunal de Casación de Jordania había dictado un fallo en el que homologaba la anulación del laudo arbitral de la demandante y suprimía el acuerdo de arbitraje de la legislación jordana¹³⁷. Tal como señaló el tribunal, la “operación del derecho jordano abrió la puerta para que las disputas entre las partes se sometieran a la decisión de los tribunales del Estado de Jordania, privando a la Demandante de su legítima confianza en el Acuerdo de Arbitraje contemplado en el Contrato del 2 de mayo de 1998”¹³⁸. Al resolver de este modo, el tribunal recordó “la regla general conforme a la cual un Estado no puede invocar su derecho interno para eludir obligaciones impuestas por un tratado o por el derecho público internacional en general”, además del “laudo unánime del caso *Desert Line Co. c. Yemen*,” donde se hacía hincapié en que “las autoridades del Estado no pueden realizar ningún acto que contradiga lo que habían aceptado previamente como obligaciones vinculantes en un contexto determinado”¹³⁹. Como señaló la Demandante en su Memorial de Réplica¹⁴⁰, si bien el tribunal entendió que la extinción del acuerdo de arbitraje de la demandante a partir de la decisión de los tribunales jordanos era violatoria del estándar de trato justo y equitativo, el tribunal desestimó el reclamo de la demandante por denegación de justicia, y resolvió que “[n]o es posible sostener que [los] actos [del Tribunal] constituyeron una conducta abusiva, mala fe o una denegación de justicia”¹⁴¹.

53. De igual modo, otros tribunales constituidos en virtud de tratados de inversión han confirmado que no están obligados a seguir las decisiones de los tribunales internos para determinar si las disposiciones aplicables de un tratado han sido violadas en ese contexto puntual. En *CME c. la República Checa*, por ejemplo, la República Checa sostuvo que los juicios civiles en trámite ante los tribunales de dicho país debían determinar si el Consejo de Medios del

¹³⁷ *ATA Construction c. Jordania*, párrafos 121-128 (CL-58).

¹³⁸ *Íd.*, párrafo 124.

¹³⁹ *Íd.*, párrafo 122 (citas internas omitidas).

¹⁴⁰ Réplica, párrafo 275.

¹⁴¹ *Íd.*, párrafo 123.

Estado receptor había obrado adecuadamente al no autorizar al inversor a utilizar la licencia para operar un canal de televisión.¹⁴² El tribunal desestimó el argumento de la República Checa y resolvió que la demandante no tenía obligación de esperar a que la Corte Suprema de dicho país se pronunciara sobre el tema para iniciar un proceso arbitral, ya que “[e]l resultado del proceso civil es irrelevante en relación con la decisión sobre el supuesto incumplimiento del Tratado por el Consejo de Medios actuando en consorcio con la Demandada”¹⁴³.

54. En este mismo sentido, como mencionamos anteriormente, en *EDF c. Argentina*, el hecho de que la Corte Suprema de Mendoza haya desestimado todos los reclamos planteados por la empresa distribuidora de las demandantes ante los tribunales argentinos no anulaba la jurisdicción del tribunal del caso *EDF* para considerar el reclamo de trato justo y equitativo planteado por las demandantes, ni limitaba el reclamo de las demandantes por trato justo y equitativo a una reclamación por denegación de justicia¹⁴⁴. Al resolver de este modo, el tribunal señaló que “la legalidad de los actos de la Demandada en el derecho interno no determina su licitud en virtud del principio legal internacional” y que “[e]l hecho de que la Corte Suprema de Argentina ha dotado a la Demandada de una autoridad sólida durante las crisis económicas nacionales no modifica el análisis del Tribunal”.¹⁴⁵ El tribunal señaló también que el Artículo 27 de la Convención de Viena prohíbe a un estado receptor “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”¹⁴⁶, y que el Artículo 3 de los Artículos de la CDI establece que la calificación de un acto de un Estado como ilícito internacionalmente “no se ve afectada por la calificación del mismo acto como un acto legítimo en el derecho internacional.”¹⁴⁷

¹⁴² *CME c. República Checa*, párrafo 415 (CL-16).

¹⁴³ *Íd.*, párrafo 415.

¹⁴⁴ *EDF c. Argentina*, párrafo 1095 (CL-86).

¹⁴⁵ *Íd.*, párrafo 907.

¹⁴⁶ *Íd.*, párrafo 905.

¹⁴⁷ *Íd.*, párrafo 906; ver también *Kardossopoulos c. Georgia*, párrafo 146 (donde se sostiene que “independientemente de la determinación de un tribunal municipal en aplicación del derecho de Georgia en

55. Asimismo, en este caso, los recursos de amparo planteados por EEGSA en virtud del derecho guatemalteco ante los tribunales de Guatemala no le quitan a este Tribunal su jurisdicción para entender en el reclamo promovido por la Demandante por trato justo y equitativo, ni tampoco limitan dicho reclamo a una reclamación por denegación de justicia. Como señala la Demandante en su Memorial de Réplica, ninguno de los casos en los cuales la Demandada funda sus argumentos en su Memorial de Contestación fue desestimado por falta de jurisdicción con motivo de que el reclamo se trataba de una disputa de tipo regulatorio o una en la que se necesitara la determinación de cuestiones de derecho interno y, por tanto, el único reclamo sobre el cual el tribunal tenía jurisdicción era por denegación de justicia. Estos casos, por el contrario, quedaban comprendidos en dos categorías: (i) reclamos desestimados por falta de jurisdicción en virtud de que la demandante no había presentado hechos suficientes para constituir una violación del tratado, sino que había presentado únicamente hechos que podían constituir una violación del contrato en cuestión¹⁴⁸; (ii) unos pocos casos fueron desestimados *de fondo* cuando el tribunal entendió que la demandante no había establecido la existencia de una violación de la obligación de trato justo y equitativo¹⁴⁹. En este caso, la Demandante no ha presentado hechos que constituyan una violación de ningún contrato y, por consiguiente, la larga lista de casos en los que los tribunales ratificaron que un mero incumplimiento contractual no da origen a una violación del trato justo y equitativo, y que el único reclamo internacional sobre el cual el tribunal podría ejercer jurisdicción sería sobre denegación de justicia, no es pertinente. Asimismo, los pocos casos adicionales en los que se basa la Demandada, en los cuales el tribunal en última instancia determinó que las acciones específicas de la demandada no eran violatorias de la obligación de trato justo y equitativo, socavan las objeción planteada por la Demandada, en tanto dichos reclamos fueron desestimados de fondo, resaltando el hecho de que los respectivos tribunales sí tenían jurisdicción para considerar los reclamos. Por lo tanto, lejos de ser el último

relación con la disputa, este Tribunal únicamente puede pronunciarse sobre las cuestiones en conflicto de acuerdo con las reglas y principios aplicables del derecho internacional”) (CL-88).

¹⁴⁸ Ver Réplica, párrafo 277.

¹⁴⁹ Ver *id.*, párrafos 278-279.

en una larga lista de casos o “simplemente continua[r] con la línea jurisprudencial en derecho internacional sobre protección de inversiones”¹⁵⁰, la decisión del caso *Iberdrola* es atípica por cuanto es el *único* caso en el que un tribunal ha desestimado una reclamación por falta de jurisdicción fundándose en los motivos planteados por la Demandada y se aparta marcadamente de la jurisprudencia establecida sobre los puntos analizados anteriormente.

56. El hecho de que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre las objeciones planteadas por EEGSA no privan a este Tribunal de su jurisdicción para entender el reclamo de trato justo y equitativo promovido por la Demandante ni limitan dicho reclamo a una reclamación por denegación de justicia coincide también con el objeto y finalidad del CAFTA-RD, mientras que la interpretación que propone la Demandada resulta incompatible. Una reclamación por denegación de justicia requiere que la demandante haya agotado todas las instancias locales (o haya demostrado la inutilidad de hacerlo), debido a que la reclamación en sí puede haberse establecido únicamente al demostrar que el sistema judicial del Estado demandado ha fallado en su conjunto en brindar el nivel de justicia que exige el derecho internacional¹⁵¹. Por el contrario, la violación del estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional por la conducta ejecutiva, administrativa, regulatoria o legislativa no requiere que se recurra a los tribunales locales: la violación se completa una vez que la medida impugnada ha sido adoptada y se ha mantenido¹⁵². La posibilidad de que un potencial demandante pueda recurrir a arbitraje internacional en busca de resarcimiento por este tipo de violación sin tener que recurrir primero a los tribunales locales depende del instrumento mediante el cual el Estado otorgó su consentimiento a recurrir a arbitraje. Un rasgo distintivo de los tratados de inversión modernos es el hecho de que el Estado presta su consentimiento al arbitraje internacional para determinar la

¹⁵⁰ Dúplica, párrafo 19.

¹⁵¹ *Ver Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI N. ° ARB(AF)/98/3, Laudo del 26 de junio de 2003 (CL-89); J. PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 100-102, 107-119 (2005) (CL-98).

¹⁵² *Ver, por ejemplo, Vivendi II*, párrafos 7.4.10-7.4.11 (CL-18); *CME c. República Checa*, párrafos 416-417 (CL-16).

compatibilidad de dichas medidas con la obligación internacional del Estado sin necesidad de recurrir a los tribunales locales.

57. De acuerdo con esta práctica, los Estados Parte del CAFTA-RD, como los del TLCAN, no necesitan agotar los recursos locales o incluso recurrir a los tribunales nacionales como condición previa para iniciar un proceso arbitral entre un inversor y un Estado. Al mismo tiempo, los Estados Parte deseaban alentar a los inversores a intentar dirimir sus conflictos ante los tribunales locales¹⁵³. Se trata de un objetivo de políticas recomendable, en tanto brindar a los tribunales locales la oportunidad de resolver conflictos sobre inversiones podría fortalecer el estado de derecho y evitar la internacionalización del conflicto¹⁵⁴. Las Partes del CAFTA-RD equilibraron esta rivalidad de objetivos de políticas —permitir recurrir a arbitraje sin necesidad de plantear primero la cuestión ante los tribunales locales y alentar la resolución de conflictos en los tribunales locales— al adoptar lo que comúnmente se conoce como disposición de “prohibido doblar en u”. El Artículo 10.18(2) del CAFTA-RD establece entonces que las demandantes deben renunciar a sus derechos de iniciar o promover procesos que cuestionen la medida impugnada una vez que recurran a arbitraje: por consiguiente, las demandantes deben primero recurrir a los tribunales locales y luego, si están insatisfechas con la resolución del conflicto, pueden entonces recurrir a arbitraje¹⁵⁵. Si, durante el transcurso de los procesos judiciales ante los tribunales locales, sufrieran algún tipo de denegación de justicia, esto puede operar como una reclamación *adicional* en el marco de un arbitraje internacional. Pero independientemente de si un demandante elige promover una reclamación por denegación de justicia o si su reclamo

¹⁵³ Ver, por ejemplo, William S. Dodge, *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA*, 23 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV. 357, 381-383 (2000) (CL-99).

¹⁵⁴ Ver, por ejemplo, *id.*

¹⁵⁵ La disposición se conoce como “prohibido doblar en u” porque, una vez iniciado el proceso arbitral, el inversor no podría cambiar de rumbo y recurrir a los tribunales locales. El arbitraje también debe comenzar dentro de los tres años a partir de la fecha en la que el inversor primero tomó conocimiento o debería haber tomado conocimiento del incumplimiento y de que había sufrido un daño como consecuencia de dicho incumplimiento. DR-CAFTA, Art. 10.18(1) (CL-1). Al incluir este período de prescripción de tres años, los Estados Parte garantizaron que no tendrían una potencial responsabilidad abierta por medidas, pero otorgaron a los tribunales respectivos un plazo razonable para resolver disputas que podrían ser objeto de una reclamación arbitral.

prospera en un arbitraje internacional, el inversor conserva su reclamo original por violación del tratado aplicable. De lo contrario, los inversores se mostrarían reticentes a recurrir a los tribunales locales, sabiendo que al hacerlo perderían sus reclamaciones en virtud del derecho internacional y solo les quedaría la posibilidad de un nuevo reclamo por denegación de justicia. Sin embargo, esto es lo que propone la Demandada cuando sostiene que, debido a que EEGSA impugnó determinadas acciones de la CNEE ante los tribunales guatemaltecos, el único reclamo que TECO podría plantear ante un tribunal arbitral internacional sería por denegación de justicia. Aceptar el argumento de la Demandada no solo es contrario a la jurisprudencia de arbitraje internacional que analizamos anteriormente, sino que también frustraría el objeto y la finalidad del CAFTA-RD de alentar a los inversores a intentar dirimir sus diferencias con los Estados receptores ante los tribunales locales antes de recurrir al arbitraje internacional.

* * *

III. CONCLUSIONES

58. Por todo lo expuesto precedentemente y en atención a las presentaciones anteriores de la Demandante, por medio del presente, la Demandante solicita respetuosamente al Tribunal que dicte un Laudo en el que:

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

Respetuosamente,

[f]

Andrea J. Menaker

Jaime M. Crowe

Kristen M. Young

WHITE & CASE LLP

701 Thirteenth Street, N.W.

Washington, D.C. 20005

U.S.A.

Abogados de la Demandante

9 de noviembre de 2012