

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
(Caso CIADI No. ARB/20/48)

Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y
Transportadora de Energía de Centroamérica S.A.
(Demandantes)

- c -

La República de Guatemala
(Demandada)

**ESCRITO DE OBJECIONES PRELIMINARES DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

10 de abril de 2023

Miembros del Tribunal Arbitral:
Lic. Eduardo Siqueiros (Presidente del Tribunal)
Sr. Alexis Mourre (Co-árbitro)
Sr. Ricardo Ramírez (Co-árbitro)

Dechert (Paris) LLP

22 rue Bayard
75008 Paris, France



MINISTERIO DE
ECONOMÍA

Ministerio de Economía
8a Avenida 10-43, zona 1,
Ciudad de Guatemala,
Guatemala



Procuraduría General de la
Nación
15 avenida 9-69 zona 13,
Ciudad de Guatemala,
Guatemala

TABLA DE CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN.....	1
2.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS QUE HAN PRESCRITO DE CONFORMIDAD CON EL TRATADO.....	4
2.1	Como condición y limitación a su consentimiento al arbitraje, las partes del Tratado acordaron un plazo de tres años para la prescripción de los reclamos.....	4
2.2	Varios de los reclamos de las Demandantes fueron presentados tres años después del <i>dies a quo</i> y, por ende, han prescrito	6
3.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS RECLAMOS QUE, DE SER PROBADOS, NO PODRÍAN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN DEL TRATADO	9
3.1	El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM	10
3.2	El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre las supuestas violaciones de la cláusula paraguas y, en cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos.....	21
3.3	El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre reclamos en contra de la conducta de las cortes de Guatemala distintos de una denegación de justicia	28
4.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS QUE LAS DEMANDANTES YA ELIGIERON SOMETER A LOS TRIBUNALES COMPETENTES DE GUATEMALA	31
5.	EL TRIBUNAL DEBE INADMITIR LOS RECLAMOS SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARA LOS CUALES LAS DEMANDANTES NO HAN AGOTADO LA VÍA GUBERNATIVA	37
6.	PETITORIO	40

1. En el marco del arbitraje iniciado por Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. (“**GEB**”) y Transportadora de Energía de Centroamérica S.A. (“**TRECSA**”) (en conjunto, las “**Demandantes**”) bajo el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras (el “**Tratado**”), la República de Guatemala (“**Guatemala**” o el “**Estado**”) presenta su Escrito de Objeciones Preliminares (las “**Objeciones**”) de conformidad con el Anexo A de la Resolución Procesal N° 2 del 28 de octubre de 2022.
2. Junto con sus Objeciones, Guatemala presenta:
 - a. Las pruebas documentales **R-1 a R-11**;
 - b. Las pruebas jurídicas **RL-1 a RL-49**;
 - c. El **Anexo A**, denominado “*Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas*”; y
 - d. El **Anexo B**, denominado “*Resoluciones para las cuales las Demandantes no agotaron la vía gubernativa*”.

1. INTRODUCCIÓN

3. Las Demandantes pretenden resolver, mediante un arbitraje bajo el Tratado, una controversia relativa a un proyecto para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica (el “**Proyecto**”) que fue adjudicado hace más de una década a un consorcio del cual formaba parte GEB y que aún debe ser completado por TRECSA, empresa de propiedad de GEB, de conformidad con el Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E y F celebrado el 22 de febrero de 2010 entre TRECSA y el Ministerio de Energía y Minas (“**MEM**”) (el “**Contrato**”). Según las Demandantes, la conducta del Estado – supuestamente violatoria del Tratado – les habría impedido la finalización del Proyecto, ocasionándoles pérdidas multimillonarias que Guatemala, según agregan, debería indemnizarles. Estas alegaciones, que carecen de todo sustento, parten de una grave distorsión de los hechos del caso y el derecho aplicable a la controversia.
4. Sin embargo, Guatemala es consciente de que, de conformidad con el Tratado, al decidir acerca de una objeción preliminar sobre la competencia o admisibilidad de los reclamos, “*el Tribunal [debe] asumir[] como ciertos los alegatos de hecho presentados por [las Demandantes] con el*

objeto de respaldar cualquier reclamación”¹. Por ello, en el presente escrito, el Estado se abstiene de controvertir los alegatos de hecho comprendidos en la Demanda y sus anexos, reservándose expresamente su derecho a hacerlo, de ser necesario, en el momento procesal oportuno.

5. De momento, basta decir que el Tratado que nos ocupa forma parte de una nueva generación de tratados en la que los Estados contratantes detallaron de manera precisa las condiciones bajo las cuales estarían dispuestos a someter una controversia a un arbitraje, estableciendo, entre otras reglas, estrictos límites al consentimiento del cual depende la existencia de este Tribunal. Incluso asumiendo como ciertos los alegatos de hecho de las Demandantes, sus reclamos se encuentran por fuera de dichos límites por, al menos, cuatro razones:
6. *En primer lugar*, las partes del Tratado establecieron un plazo de prescripción de tres años para someter a arbitraje reclamos bajo el Tratado. La aplicación de dicha regla de prescripción, de entrada, excluye de la jurisdicción del Tribunal varios de los reclamos de las Demandantes. De hecho, más de la mitad de los daños que las Demandantes reclaman en este arbitraje, según ellas mismas, habrían sido conocidos y causados por presuntas violaciones al Tratado ocurridas hace mucho más de tres años, por lo que no pueden ser conocidos por este Tribunal (**Sección 2**).
7. *En segundo lugar*, las partes del Tratado limitaron el arbitraje allí previsto a controversias que conciernen la violación de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado (Inversión) (**Sección 3**). Por ello, y porque así lo reconoce sin ambages la jurisprudencia internacional:
8. Primero, las Demandantes no pueden someter a un arbitraje bajo el Tratado disputas meramente contractuales. No obstante, las Demandantes pretenden que este Tribunal juzgue la conducta del MEM al ejecutar el Contrato en ejercicio de sus prerrogativas contractuales, la cual no puede constituir, *prima facie*, una violación del Tratado. Conscientes de la naturaleza contractual de sus reclamos, las Demandantes pretenden importar una serie de cláusulas paraguas contenidas en otros tratados celebrados por Guatemala con terceros países mediante la cláusula de la nación más favorecida del Tratado (“**Cláusula de NMF**”). Sin embargo, las Demandantes pasan por alto que, en línea con su deseo de definir de manera precisa los límites de las obligaciones que adquirió bajo el Tratado, Guatemala (i) limitó el alcance de la Cláusula de NMF a instancias específicas de trato otorgado a otros inversionistas, e (ii) incluyó una reserva clara que impide a los

¹ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.23.5(c).

inversionistas colombianos beneficiarse del trato otorgado a otros inversionistas, “de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado”². Adicionalmente, y, en cualquier caso, las Demandantes ignoran que este Tribunal no puede usurpar el rol que, por acuerdo de TRECSA y el MEM, le corresponde exclusivamente al juez del Contrato.

9. Segundo, las Demandantes no pueden someter a un arbitraje bajo el Tratado reclamos en contra de las cortes de Guatemala distintos de aquellos basados sobre una denegación de justicia, puesto que cualquier otro tipo de reclamo en contra de dichas cortes no podría, *prima facie*, constituir una violación del Tratado y el derecho internacional. Las Demandantes, sin embargo, presentan reclamos en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala distintos de pretensiones resultantes de una denegación de justicia respecto de los cuales el Tribunal no podría pronunciarse sin actuar como una corte de apelación, lo cual, como es bien sabido, está proscrito bajo el derecho internacional.
10. *En tercer lugar*, las partes del Tratado establecieron una cláusula de elección de vía que obliga al inversionista a presentar su disputa ante un único foro. De conformidad con dicha cláusula, si el inversionista inicia un procedimiento ante una corte competente de Guatemala, dicha elección es definitiva y, por ende, no puede someter la misma controversia a este arbitraje. Las Demandantes, no obstante, presentan en este Arbitraje reclamaciones respecto de medidas del Estado que ya sometieron a las cortes de Guatemala y que, por lo tanto, se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal (**Sección 4**).
11. *En cuarto lugar*, las partes del Tratado establecieron, como una condición indispensable para someter una reclamación a arbitraje, el agotamiento de la vía administrativa. Pese a esta clara exigencia, las Demandantes han sometido a arbitraje reclamaciones en contra de actos administrativos para los cuales no agotaron la vía administrativa, los cuales son, por lo tanto, inadmisibles (**Sección 5**).
12. Guatemala confía en que el Tribunal analizará las Objeciones del Estado con seriedad y declarará, aquí y ahora, su falta de competencia para conocer los reclamos de las Demandantes y les ordenará reembolsar íntegramente a Guatemala los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus

² Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, Lista de la República de Guatemala, Anexo III: Excepción al trato de nación más favorecida (“Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país, de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado”).

intereses en el presente arbitraje (**Sección 6**). En este sentido, cabe resaltar que, para evitar incurrir en costos innecesarios debatiendo cuestiones que no pueden someterse a arbitraje bajo el Tratado, las partes del mismo acordaron que, en caso de que se presentaran objeciones preliminares, el tribunal tendría el deber (y no solo la facultad) de “suspender[] cualquier actuación sobre el fondo del litigio” y “decidir[las] antes de pronunciarse sobre el fondo”³.

13. Según las Demandantes, “la presente disputa ilustra el tipo exacto de asunto que requieren el amparo de un tratado internacional de protección de inversiones, y el motivo por el que es trascendental proteger dicho sistema en la región latinoamericana”⁴. Esto es incorrecto. Lo que la presente disputa ilustra es el tipo exacto de asunto que requiere que el Tribunal aplique de manera estricta lo negociado y acordado por los Estados contratantes en un tratado específico en el que se dispusieron reglas estrictas para evitar, precisamente, el abuso del arbitraje de inversiones que las Demandantes quieren perpetrar en este asunto; son comportamientos como el de las Demandantes de este caso los que, en definitiva, han puesto en peligro la subsistencia de dicho sistema en la región latinoamericana y el mundo.

2. **EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS QUE HAN PRESCRITO DE CONFORMIDAD CON EL TRATADO**

14. De conformidad con la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras (el “**Tratado**”) (**Sección 2.1**), varios de los reclamos que las Demandantes presentan en este arbitraje han prescrito (**Sección 2.2**).

2.1 **Como condición y limitación a su consentimiento al arbitraje, las partes del Tratado acordaron un plazo de tres años para la prescripción de los reclamos**

15. Las partes del Tratado dieron su consentimiento a un arbitraje bajo la sección B del capítulo 12 del Tratado dentro de ciertos límites. Como ejemplo de las “*condiciones y limitaciones al consentimiento*”⁵ que expresamente se establecieron en el Tratado, el artículo 12.22.1 contiene una regla de prescripción de los reclamos según la cual “[e]l inversionista no podrá presentar

³ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.23.5. Ver también, Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.23.5(c) (“*En el momento en que se reciba una objeción conforme a este párrafo, el Tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción...*”).

⁴ Memorial de Demanda, , párr. 2.

⁵⁵ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.22.

*una reclamación si han transcurrido más de tres (3) años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación a este Capítulo, así como de las pérdidas o daños sufridos [...]”*⁶.

16. Para aplicar esta regla de prescripción de tres años, el Tribunal debe considerar dos fechas, esto es, el *dies a quo* y el *dies ad quem*:
17. *En primer lugar, el dies a quo* activa el periodo de prescripción, y corresponde a la fecha en la que el inversionista adquiere conocimiento efectivo o implícito de (i) la presunta violación del Capítulo 12 del Tratado y (ii) las pérdidas o daños sufridos. Al respecto, deben hacerse tres aclaraciones:
18. Primero, la expresión “*tuvo conocimiento*” se refiere al conocimiento efectivo o real de la violación y de las pérdidas o daños sufridos, mientras que la expresión “*debió haber tenido conocimiento*” se refiere a su conocimiento implícito. Como explicó el tribunal en *Berkowitz c. Costa Rica* al interpretar una regla de prescripción similar prevista en el artículo 10.18.1 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (del cual Guatemala es parte)⁷, el conocimiento implícito “*es un estándar objetivo; aquello que una demandante prudente debería haber sabido o que se considera que razonablemente debería haber sabido*”⁸.
19. Segundo, respecto del requisito del conocimiento de la violación alegada, independientemente de que se trate del conocimiento real o implícito de la violación, como explicó el tribunal en *Corona c. República Dominicana*, “*a fin de que comience a correr el período de prescripción, no es necesario que la demandante se encuentre en situación de particularizar completamente sus*

⁶ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.22.1.

⁷ Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos del 1 de marzo de 2006, **RL-1**, art. 10.18.1 (“*Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños*”).

⁸ *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional del 30 de mayo de 2017, **RL-2**, párr. 209.

reclamaciones jurídicas (en tanto posteriormente pueden ser elaboradas con mayor especificidad); tampoco debe determinarse con precisión la cantidad de la pérdida o daño⁹.

20. Tercero, respecto del requisito del conocimiento de los daños y pérdidas sufridos, varios tribunales han coincidido en que, para que se cumpla dicho requisito, “no [se] requiere un conocimiento completo o preciso de la pérdida o daño”¹⁰. Basta con que se materialice una “primera apreciación de que se incurrirá (o se ha incurrido) en la pérdida o el daño”, sin que sea necesario que “la demandante espere y observe la medida completa en la que resultará o podrá resultar la pérdida o el daño”¹¹.

21. En segundo lugar, el *dies ad quem* corresponde a la fecha en la que el inversionista somete la reclamación a arbitraje y, como consecuencia de ello, finaliza el cómputo del término de prescripción. Esta fecha, de conformidad con el artículo 12.30 del Tratado, corresponde al día en que “la solicitud de arbitraje [...] del demandante: (a) ha sido recibida por el Secretario General de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio CIADI [...]”¹². En otras palabras, en el momento en que el Secretario General del CIADI recibe una solicitud de arbitraje conforme al párrafo 1 del artículo 36 del Convenio CIADI¹³, finaliza el cómputo del término de prescripción.

2.2 Varios de los reclamos de las Demandantes fueron presentados tres años después del *dies a quo* y, por ende, han prescrito

22. En el presente caso, el Secretario General del CIADI recibió una primera Solicitud de Arbitraje el 9 de octubre de 2020 (la “Solicitud de Arbitraje N° 1”)¹⁴, y una segunda Solicitud de Arbitraje

⁹ *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA del 31 de mayo de 2016, **RL-3**, párr. 194 (el resaltado es nuestro).

¹⁰ *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional del 30 de mayo de 2017, **RL-2**, párr. 213. Ver también *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, **CL-008**, párr. 87; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, Arbitraje NAFTA/CNUDMI, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción del 20 de julio de 2006, **RL-4**, párr. 78; y *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA del 31 de mayo de 2016, **RL-3**, párr. 194.

¹¹ *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional del 30 de mayo de 2017, **RL-2**, párr. 213.

¹² Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.30.

¹³ Convenio del CIADI, **RL-5**, art. 36(1) (“Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte”).

¹⁴ Solicitud de Arbitraje 1 del 9 de octubre de 2020, .

el 12 de octubre de 2021 (la “**Solicitud de Arbitraje N° 2**”, en conjunto con la Solicitud de Arbitraje N° 1, las “**Solicitudes de Arbitraje**”)¹⁵. En consecuencia:

- a. La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje N° 1 es el 9 de octubre de 2017 (*i.e.*, 3 años antes del 9 de octubre de 2020, fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje N° 1) (la “**Fecha Crítica N° 1**”). Por lo tanto, bajo el Tratado, las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos antes del 9 de octubre de 2017. Toda reclamación respecto de violaciones y daños conocidos antes de la Fecha Crítica No. 1 se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal.
 - b. La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje N° 2 es el 12 de octubre de 2018 (*i.e.*, 3 años antes del 12 de octubre de 2021, fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje N° 2) (la “**Fecha Crítica N° 2**”, en conjunto con la Fecha Crítica N° 1, las “**Fechas Críticas**”). En dicha solicitud de arbitraje, las Demandantes, en sus propias palabras, “*reclaman a Guatemala las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017*”¹⁶. Por lo tanto, bajo el Tratado, las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018. Toda reclamación respecto de violaciones y daños conocidos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018 se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal, pues éstas se encuentran por fuera de la Fecha Crítica N° 2.
23. Como se detalla en el **Anexo A**, bajo el estándar explicado en la Sección 2.1 *supra*, el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos, 36 conductas de (i) autoridades judiciales (*i.e.*, la Corte de Constitucionalidad); (ii) administrativas (*i.e.*, MEM, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica de Guatemala (“**CNEE**”), y la Policía Nacional Civil); y (iii) municipales (*e.g.*, el Concejo Municipal de Antigua Guatemala, el Concejo Municipal de Chajul, el Concejo Municipal de Santo Tomás de Chichicastenango, el Concejo Municipal de San Francisco El Alto y las Municipalidades de Cantel, San Andrés de Villa Seca, entre otros) (conjuntamente denominadas “**Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas**”) que, según las Demandantes, constituirían medidas del Estado violatorias del Tratado. En efecto, para cada una de las Presuntas Violaciones

¹⁵ Solicitud de Arbitraje 2 del 12 de octubre de 2021, .

¹⁶ Solicitud de Arbitraje 2 del 12 de octubre de 2021, párr. 67.

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

24. De hecho, debe resaltarse, desde ya, que, si bien las Demandantes no han individualizado el daño o las pérdidas supuestamente causados por cada medida del Estado supuestamente violatoria del Tratado (y es su carga probatoria¹⁷), en la Solicitud de Arbitraje N° 1, éstas afirmaron que, “al 30 de septiembre de 2017” (i.e., antes de ambas Fechas Críticas), “los daños y pérdidas” causados por “las violaciones de Guatemala” tenían “un valor estimado y sujeto a actualización de US\$ 230 millones”¹⁸. Por lo tanto, del reclamo de USD 403 millones (sin intereses) que las Demandantes presentan ante este Tribunal por supuestas violaciones del Tratado, el artículo 12.22 les impide presentar reclamaciones por las violaciones que, “al 30 de septiembre de 2017”, supuestamente, les habían causado daños y pérdidas por USD 230 millones. Dichas reclamaciones se encontrarían por fuera de la jurisdicción del Tribunal, puesto que éste “no [tiene] competencia para otorgar indemnizaciones pecuniarias sino con respecto de una violación que ha acaecido en el marco de su jurisdicción”¹⁹.

¹⁷ *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo del 6 de mayo de 2013, **RL-6**, párr. 190 (“*To the extent, however, that a claimant chooses to put its claim (as in the present Arbitration) in terms of monetary damages, then it must, as a matter of basic principle, be for the claimant to prove, in addition to the fact of its loss or damage, its quantification in monetary terms and the necessary causal link between the loss or damage and the treaty breach*”) (el resaltado es nuestro).

¹⁸ Solicitud de Arbitraje 1 del 9 de octubre de 2020, párr. 57 (“*Las violaciones de Guatemala a sus promesas y obligaciones de apoyo comprometidas para atraer a los inversionistas han impedido a TRECSA concluir el Proyecto PET en el plazo previsto, sufriendo dilaciones que han generado cuantiosos costos adicionales (financieros y de otra índole) que el Estado no ha compensado. En consecuencia, el Proyecto PET, que debía completarse en 38 meses, ha requerido más de 10 años de obra y, a la fecha, no ha podido finalizarse causando, al 30 de septiembre 2017, un valor estimado y sujeto a actualización de US\$230 millones en daños y pérdidas a los Inversionistas*”) (el resaltado es nuestro).

¹⁹ *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional del 30 de mayo de 2017, **RL-2**, párr. 211 (“*A pesar de que el texto del Artículo 10.18.1 no dispone que la pérdida o el daño en cuestión debe ser una consecuencia de la violación alegada, el Tribunal considera que, necesariamente, esta cuestión sobreviene. Resulta una observación trivial que un tribunal establecido de conformidad con el Capítulo Diez de CAFTA no tenga competencia para otorgar indemnizaciones pecuniarias sino con respecto de una violación que ha acaecido en el marco de su jurisdicción. De ello se desprende que la comprensión de la pérdida o el daño requerido por el Artículo 10.18.1 versa sobre la pérdida o daño que se incurre como resultado de una violación alegada, que cae bajo la jurisdicción del tribunal. De ello se desprende la interpretación de la pérdida o del daño requerido por el Artículo 10.18.1 versa sobre la pérdida o daño en el que se incurre como resultado de la violación alegada la cual recae dentro de la jurisdicción del tribunal. Esta cuestión reviste una significancia mayor ya que necesariamente ocurre lo contrario, a saber, que el tribunal carece de competencia para decidir sobre reparaciones que se originan en una violación respecto de la cual no tiene jurisdicción.*”) (el resaltado es nuestro).

3. **EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS RECLAMOS QUE, DE SER PROBADOS, NO PODRÍAN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN DEL TRATADO**

25. Aparte de establecer un término de prescripción, el Tratado limita la jurisdicción del Tribunal a violaciones del Capítulo 12 (Inversión), Sección A. En particular, el artículo 12.18.4 del Tratado dispone que “*el demandante, por cuenta propia [o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto] podrá someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A y (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta*”²⁰.
26. Por consiguiente, bajo el Tratado y el derecho internacional, el Tribunal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes si éstas logran probar la existencia de una violación *prima facie* del Capítulo 12, Sección A del Tratado. Como explicó el tribunal en *Iberdrola c. Guatemala*, “*un tribunal internacional no tiene competencia por el solo hecho de que una de las partes del proceso afirme que el derecho internacional ha sido vulnerado. [...] [E]l Tribunal únicamente tendría jurisdicción si [é]sta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado*”²¹.
27. En este caso, sin embargo, las Demandantes no han demostrado que varios de los hechos alegados, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado.
28. Por una parte, la Demanda confirma que la mayoría de los reproches de GEB y TRECSA no tienen que ver con cuestiones reguladas por el Tratado, sino con cuestiones meramente contractuales (**Sección 3.1**) – las cuales se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal, incluso como supuestas violaciones de las cláusulas paraguas de otros tratados (**Sección 3.2**). De hecho, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción

²⁰ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.18.4.

²¹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala I*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo del 17 de agosto de 2012, **RL-7**, párr. 350 (el resaltado es nuestro). Ver, también, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005, **RL-8**, párr. 254; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 agosto 2004, **RL-9**, párr. 180; *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción del 8 febrero 2005, **RL-10**, párrs. 118 – 120; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción del 16 junio 2006, **RL-11**, párrs. 69-71; *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo del 13 septiembre 2006, **RL-12**, párrs. 34, 53.

exclusiva de los tribunales de Guatemala y, por lo tanto, no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal.

29. Por otra parte, las Demandantes pretenden presentar reclamos en contra de la Corte de Constitucionalidad (distintos de una denegación de justicia) que tampoco podrían constituir, *prima facie*, una violación del Tratado (**Sección 3.3**).

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

30. *In limine*, es un principio ampliamente reconocido que los tribunales de inversión carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre reclamos puramente contractuales²². Como explicó el tribunal en *El Paso c. Argentina*, “[l]a cuestión aquí es, más bien, el alcance de la jurisdicción de este Tribunal, que se basa en un TBI y no en una cláusula arbitral de un contrato. El Tribunal [...] tiene jurisdicción sobre reclamos basados en el Tratado y [...] no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen reclamos por violaciones del TBI²³. Este principio es indiscutible cuando el tratado limita la jurisdicción del tribunal a supuestas violaciones del respectivo tratado (tal y como ocurre en este caso)²⁴.

31. Por consiguiente, en los casos que implican relaciones contractuales con el Estado, para que exista una violación *prima facie* del Tratado, el inversionista debe demostrar (y no simplemente alegar²⁵) que las medidas del Estado que le causaron el supuesto perjuicio “*parecen emanar del ejercicio*

²² *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013, **RL-13**, párr. 544 (“*Esta distinción es pertinente ya que, como también se reconoció en el marco del caso Abaclat, por lo general, se admite que, con respecto a una reclamación en virtud del TBI, un tribunal arbitral carece de jurisdicción cuando esa reclamación es puramente contractual [...] En el contexto de las reclamaciones surgidas de una relación contractual, la jurisdicción del tribunal con respecto a reclamaciones basadas en TBI solo se da, en principio, en los casos en que, además del supuesto incumplimiento contractual, el Estado receptor viola obligaciones que haya asumido en virtud de un tratado pertinente*”). Ver también, *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, **RL-14**, párr. 316.

²³ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia del 27 de abril de 2006, **RL-15**, párr. 65.

²⁴ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, artículo 12.18.4.

²⁵ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo del 27 de agosto de 2019, **CL-110**, párr. 1037 (explicando que, “*it would of course not be sufficient for a claimant to simply label contract breaches as treaty breaches to avoid the jurisdictional hurdles present in a BIT*”); *Crystallex Int’l Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/11/2, Laudo del 4 de abril de 2016, **CL-091**, párr. 475 (“*no bastaría, por supuesto, que una parte demandante simplemente califique los incumplimientos contractuales como incumplimientos de tratados en aras de evitar los obstáculos jurisdiccionales presentes en un TBI. La investigación jurisdiccional del Tribunal es una cuestión de determinación objetiva, y, en el caso de mera ‘calificación’, el Tribunal gozaría de libertad y tendría el deber de calificar nuevamente los supuestos incumplimientos*”).

de su potestad como Estado soberano”²⁶. En otras palabras, que el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas “son totalmente extraños al contrato”²⁷.

32. Esta regla se desprende de la máxima del derecho internacional según la cual “[o]nly the State in the exercise of its sovereign authority (*‘puissance publique’*), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT”²⁸.
33. De conformidad con lo anterior, los tribunales de inversión no han dudado en rechazar su jurisdicción cuando los reproches del inversionista no conciernen el ejercicio de poderes soberanos por parte del Estado. En *Impregilo c. Pakistán*, por ejemplo, el tribunal excluyó de su jurisdicción ciertas reclamaciones que “concern[ed] the implementation of the Contracts, and d[id] not involve any issue beyond the application of a contract and the conduct of the contracting parties”. Por consiguiente, dichas conductas ni siquiera podían ser, *prima facie*, contrarias al TJE, “unjustified or discriminatory”²⁹. Esta misma conclusión se aplica a este caso respecto de los reproches que las Demandantes hacen a la conducta del MEM.

²⁶ *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013, **RL-13**, párr. 544, refiriéndose a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, **RL-14**, párrs. 316, 318, 323 – 325.

²⁷ *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013, **RL-13**, párr. 544, refiriéndose a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, **RL-14**, párrs. 316, 318, 323 – 325.

²⁸ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005, **RL-8**, párr. 268. Ver, también, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, **RL-16**, párr. 180 (confirmando la regla establecida en el caso *Impregilo c. Pakistán*).

²⁹ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005, **RL-8**, párr. 268. Respecto a otras reclamaciones, el tribunal determinó que, a falta de información que le permitiese establecer su naturaleza (*imperii* o no), estas serían analizadas en la etapa de fondo. *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005, **RL-8**, párr. 270 (“With respect to the other alleged breaches of the Contracts, in the absence of detailed factual information, the Tribunal is not presently in a position to decide whether or not these could be considered as breaches of Article 2(2) of the BIT. Only after a careful examination of those alleged breaches will the Tribunal be able to determine whether the behaviour of Pakistan went beyond that which an ordinary Contracting party could have adopted, and constituted “unfair and inequitable treatment” or “unjustified or discriminatory measures” as contemplated in the BIT”). De manera similar, en *Toto c. Líbano*, el tribunal analizó la naturaleza de la conducta del Estado en fase jurisdiccional y concluyó que la conducta de “Lebanon through the CDR [was] a prerogative that does not pertain to the simple performance of ordinary contractual duties. It falls within the scope of the ‘puissance publique’ that must be used to allow performance of the contract by Toto and enters within the scope of Article 2, paragraph 3 of the Treaty”. *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de septiembre de 2009, **RL-17**, párr. 108.

34. En efecto, las Demandantes alegan que el MEM habría violado el Tratado a través de las siguientes medidas³⁰:
- a. la “*imposición arbitraria de nuevos términos*” a través de la Resolución 2017-1515 del 14 de septiembre de 2017 (la “**Resolución 2017-1515**”);
 - b. la “[*d*]eterminación arbitraria de supuesto incumplimiento” a través de la Resolución 770-2018 del 13 de abril de 2018 (la “**Resolución 770-2018**”);
 - c. La “[*i*]mplementación arbitraria del procedimiento de ajuste del Canon Anual”;
 - d. La “*omisión del MEM de realizar consultas indígenas*”; y
 - e. La “[*e*]liminación arbitraria del derecho a obtener compensación por Obras excluidas” a través de la Resolución No. 214-2021 del 19 de febrero de 2021 (la “**Resolución No. 214-2021**”).
35. La gran mayoría de estos reclamos (a excepción de la supuesta “*omisión del MEM de realizar consultas indígenas*”, la cual se encuentra prescrita según lo indicado en la Sección 2.2 *supra*) tienen su origen en el Contrato (no en el ejercicio de algún poder soberano del Estado) y, por lo tanto, se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal.
36. *En primer lugar*, las Demandantes alegan que, de forma “*arbitrari[a] y unilateral*”³¹, el MEM cambió “*los términos contractuales [...], mediante [la Resolución 2017-1515] incrementando las obligaciones de TRECESA y otorgando al Estado una serie de beneficios adicionales que no provenían de la ley, del Contrato o de las Bases de Licitación*”³². Según las Demandantes, en esta Resolución, el MEM (i) “*asumió [‘unilateralmente’] la facultad de ‘analizar[] todas las causas de cada caso de fuerza mayor o caso fortuito, otorgadas en su momento a [TRECESA], conforme al procedimiento que ser[ía] emitido oportunamente’ por dicha entidad*”³³; y, (ii) a diferencia de lo ocurrido con el proyecto PETNAC, “*impuso un aumento de más del 36% en el monto de las garantías de TRECESA con relación al Proyecto*”³⁴.

³⁰ Memorial de Demanda, párrs. 105 y 409.

³¹ Memorial de Demanda, párr. 198.

³² Memorial de Demanda, párr. 198. Ver, también, Id., párr. 105 (“*Imposición arbitraria de nuevos términos vía resolución ministerial*”); párr. 434 (“*el MEM forzó a las Demandantes a aceptar una serie de modificaciones contractuales unilaterales en la Tercera Prórroga al Programa de Ejecución de Obras del Contrato, con la cual el Estado se atribuyó la facultad de reconsiderar Fuerzas Mayores que ya habían sido reconocidas, entre otros cambios en beneficio del Estado*”); párr. 441 (explicando que el MEM “[*a*]busó de su poder soberano para imponer arbitrariamente nuevos términos en la Tercera Prórroga”).

³³ Memorial de Demanda, párr. 213.

³⁴ Memorial de Demanda, párr. 496. Ver, también, Id., párr. 215.

37. Sin embargo, más allá de repetir incesantemente que el MEM actuó en ejercicio de sus poderes soberanos³⁵, las Demandantes no han podido ni siquiera explicar de qué forma la conducta del MEM correspondería, en efecto, al ejercicio de dichos poderes. No lo hacen porque no pueden.
38. Primero, la Resolución 2017-1515 no es más que el ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera del Contrato³⁶ – a saber, realizar modificaciones al programa de ejecución de obras como consecuencia de eventos de fuerza mayor y caso fortuito. Así se desprende del mismo texto de la Resolución 2017-1515, la cual indica que TRECSA “realiz[ó] su solicitud con base a lo establecido en la cláusula Décima Primera del Contrato, que para el efecto establece que en caso de que un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito ocurra antes de la fecha programada de operación comercial, y que le impida cumplir con sus obligaciones contractuales en forma total por más de tres meses interrumpiendo el avance de las obras sustancialmente, [TRECSA] tiene derecho a solicitar al Ministerio de Energía y Minas la modificación del programa de ejecución de obras en los eventos que fuese necesario y de la fecha programada de operación comercial [...]”³⁷.
39. Segundo, contrario a lo que alegan las Demandantes, el MEM en ningún momento impuso las modificaciones al Contrato de forma “unilateral”. De hecho, no está en disputa que, después de la notificación de la Resolución 2017-1515, las modificaciones cuestionadas por las Demandantes

³⁵ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párr. 453 (“En este caso, Guatemala también, “en ejercicio de su autoridad pública y actuando más allá de los derechos contractuales’ que le otorgaba el Contrato, forzó a las Demandantes a implementar modificaciones contractuales para torcer el Contrato en beneficio del Estado”); párr. 460 (explicando que el MEM violó el estándar de transparencia al “abus[ar] de su poder soberano para forzar a TRECSA a aceptar modificaciones unilaterales del Contrato en beneficio del Estado en la Tercera y Cuarta Prórrogas del Contrato”).

³⁶ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 11ª (“[...] En caso de que un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito ocurra antes de la Fecha Programada de Operación Comercial, impida al Adjudicado en cumplir con sus obligaciones contractuales en forma total por más de tres meses, interrumpiendo el avance de las obras sustancialmente, el Adjudicado tendrá el derecho de solicitar al Ministerio la modificación del Programa de Ejecución de Obras, en los eventos que fuese necesario, y de la Fecha Programada de Operación Comercial. En caso de que el Adjudicado se retrase en alcanzar cualquier Evento Crítico en la Fecha de Evento Crítico correspondiente como resultado de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, sea que el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya sido declarado conforme al procedimiento descrito en esta cláusula o se encuentre en proceso de ser declarado, la Fecha de Evento Crítico correspondiente y todas las subsecuentes Fechas de Eventos Críticos serán prorrogadas por un período de tiempo mutuamente acordado por el Adjudicado y el Ministerio, que no exceda el período de retaso; en el entendido de que no se realizará ninguna prórroga a menos que el Adjudicado haya solicitado por escrito la prórroga la Ministerio especificando la razón para la misma a más tardar diez (10) días después de que el Adjudicado tenga conocimiento de la ocurrencia del evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. [...]”).

³⁷ MEM, Resolución No. 2017-1515 del 14 de septiembre de 2017, **C-0138/JS-0017**, pág. 5, citando la Cláusula 11ª del Contrato (el resaltado es nuestro).

en este Arbitraje fueron formalizadas a través de una escritura pública suscrita por ambas partes del Contrato (la “**Tercera Modificación del Contrato**”)³⁸.

40. Conscientes de lo anterior, las Demandantes se enfocan en repetir que el MEM “*forzó*” a TRECSA a aceptar dichas modificaciones del Contrato³⁹ y que, de lo contrario, el MEM no habría “*acced[ido] al otorgamiento de [...] la Modificación del Programa de Ejecución de Obras y el Plazo Contractual solicitado*”⁴⁰. Al respecto, el Sr. Mauricio Pablo Acevedo, testigo de las Demandantes en este Arbitraje, explica que “[*l]as consecuencias de no obtener la prórroga del Programa de Ejecución de Obras eran muy onerosas para TRECSA [...]. [Por consiguiente], [f]rente al riesgo inminente de que el MEM no accediera a otorgar la prórroga del Programa de Ejecución de Obras [...] nos vimos forzados a presentar la escritura pública de la tercera modificación contractual ante el MEM, en los términos impuestos mediante la Resolución No. 2017-1515*”⁴¹.
41. Sin embargo, el exigir ciertos términos para aceptar una modificación a un contrato no constituye el ejercicio de una prerrogativa soberana, sino simplemente una conducta que puede asumir cualquier parte contractual. Incluso el hecho de que dichas exigencias hubiesen sido arbitrarias o abusivas, como alegan las Demandantes (*quod non*), es irrelevante. Como lo explicó el tribunal en el caso *Ríos c. Chile*, “[*l]a gravedad de la conducta no determina su carácter o naturaleza*”⁴².

³⁸ Memorial de Demanda, párrs. 228 y 229. Ver, también, Tercera modificación del Contrato (Escritura) del 19 de octubre de 2017, **C-0180/JS-0009/LC-0005**.

³⁹ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párr. 434 (“*el MEM forzó a las Demandantes a aceptar una serie de modificaciones contractuales unilaterales en la Tercera Prórroga al Programa de Ejecución de Obras del Contrato, con la cual el Estado se atribuyó la facultad de reconsiderar Fuerzas Mayores que ya habían sido reconocidas, entre otros cambios en beneficio del Estado*”); párr. 453 (“*En este caso, Guatemala también, ‘en ejercicio de su autoridad pública y actuando más allá de los derechos contractuales’ que le otorgaba el Contrato, forzó a las Demandantes a implementar modificaciones contractuales para torcer el Contrato en beneficio del Estado*”); párr. 458 (“*El MEM reconoció, ya sea expresa o por silencio administrativo, múltiples eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. Sin embargo, luego forzó a TRECSA a aceptar en la Tercera Prórroga que se autorizara al MEM a re-considerar los eventos de Fuerza Mayor ya reconocidos por el Estado*”); párr. 460 (explicando que el MEM violó el estándar de transparencia al “*abus[ar] de su poder soberano para forzar a TRECSA a aceptar modificaciones unilaterales del Contrato en beneficio del Estado en la Tercera y Cuarta Prórrogas del Contrato*”).

⁴⁰ Memorial de Demanda, párr. 225, citando MEM, MEM, Resolución No. 3549 del 11 de octubre de 2017, **C-0143**, pág. 2 (“*[...] se apercibe a [TRECSA] para que en un plazo de DOS (2) DÍAS IMPROPRORROGABLES, debe presentar la escritura pública, en los términos y condiciones de la minuta que les fue notificada y aprobada por este Ministerio, con fecha 02 de octubre del presente año, así como las garantías respectivas. Caso contrario se tendrá por improbadada la minuta y por ende no se podrá acceder al otorgamiento del instrumento público que contenga la Modificación del Programa de Ejecución de Obras y el Plazo Contractual solicitado*”).

⁴¹ Declaración Testimonial - Mauricio Acevedo Arredondo, párrs. 44 y 45.

⁴² *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo del 11 de enero de 2021, **RL-18**, párr. 447.

Es al juez del Contrato, y no a este Tribunal, a quien corresponde determinar si, como dicen las Demandantes, el Ministerio abusó de su posición contractual⁴³.

42. En segundo lugar, las Demandantes alegan que el MEM habría actuado de forma arbitraria al declarar el “*incumplimiento de un hito contractual en relación con el Lote A*” a través de la Resolución 770-2018 del 13 de abril de 2018⁴⁴ (la “**Resolución 770-2018**”). Según las Demandantes, con esta Resolución, el MEM pretendió “*desconocer sus propios reconocimientos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito [...] en detrimento de los derechos que TRECSA adquirió en virtud de dichos reconocimientos, con base en la Cláusula Décima Primera del Contrato*”⁴⁵. Sin embargo, nada de esto constituye el ejercicio de poderes soberanos.
43. De entrada, el hecho de que el MEM haya declarado un incumplimiento contractual es, por definición, una prerrogativa contractual (y no soberana). Adicionalmente, tal y como consta en el texto de la misma Resolución, el Ministerio declaró el incumplimiento contractual (y emitió la respectiva Resolución) de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima Novena del Contrato⁴⁶. En particular, esta Cláusula dispone que, “*[e]n caso ocurra algún incumplimiento por parte de El ADJUDICADO, de los previstos en la cláusula anterior y de las obligaciones adquiridas en el presente Contrato, EL MINISTERIO lo hará del conocimiento del ADJUDICADO, fijándole el plazo de sesenta (60) días para enmendarlo, a menos que demuestre*”

⁴³ Ver, Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 20ª (“*En toda cuestión litigiosa relacionada con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa del presente contrato, EL ADJUDICADO renuncia en forma expresa por este acto, al fuero de su domicilio y se somete a los tribunales con sede en la ciudad de Guatemala [...]. Queda entendido que el EL ADJUDICADO, los contratistas y subcontratistas de éste, o sus socios que sean extranjeros, no podrán recurrir en cualquier forma a la reclamación por la vía de la protección diplomática, en lo relacionado con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa de este Contrato*”).

⁴⁴ Memorial de Demanda, párrs. 231 – 238, 409 y 441.

⁴⁵ Memorial de Demanda, párr. 236 (supuestamente, “(i) el derecho a la exención de responsabilidad por el retraso en el Programa de Ejecución de Obras a causa de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito; (ii) el derecho a una prórroga para el cumplimiento de las Obras correspondientes; y (iii) el derecho a reclamar los costos y gastos adicionales incurridos como consecuencia de esos eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito”).

⁴⁶ MEM, Resolución No. 770-2018 del 13 de abril de 2018, **C-0152**, pág. 2 y 3 (“**ANTECEDENTES** [...] d) La Unidad de Asesoría jurídica, a través de dictamen identificado como D-356-V-2017, de fecha veintinueve de mayo de dos mil diecisiete, entre otros puntos manifestó: [...] Al haberse determinado técnicamente los incumplimientos relacionados en el anterior apartado, es procedente aplicar la cláusula Décima Novena del respectivo contrato que estipula el procedimiento a seguir en caso ocurra algún incumplimiento por parte de El ADJUDICADO, el cual establece que en estos casos EL MINISTERIO lo hará del conocimiento del ADJUDICADO, fijándole el plazo de sesenta (60) días para enmendarlo, a menos que demuestre a satisfacción del MINISTERIO que materialmente no es posible repararlo dentro del tal plazo, si esto ocurriera, EL ADJUDICADO presentara a EL MINISTERIO un programa de enmienda para dicho incumplimiento dentro de treinta (30) días. Si El ADJUDICADO omite reparar el incumplimiento de acuerdo a lo establecido anteriormente [...]”).

a satisfacción del MINISTERIO que materialmente no es posible repararlo dentro del tal plazo, si esto ocurriera [...]”⁴⁷.

44. Cualquier reproche de las Demandantes en contra de la Resolución 770-2018 no es más que una controversia sobre la procedencia de la declaratoria del incumplimiento contractual bajo la Cláusula Décima Novena del Contrato (la cual, como es obvio, le corresponde decidir al juez del Contrato). De nuevo, el hecho de que las Demandantes repitan que la declaratoria del incumplimiento contractual fue arbitraria es inconsecuente. En palabras del tribunal en el caso *Ríos c. Chile*, “**[U]a supuesta arbitrariedad de una conducta del Estado como parte contractual no otorga a dicha conducta carácter soberano**”⁴⁸.
45. En tercer lugar, las Demandantes alegan que el Estado actuó de forma arbitraria en los “procedimiento[s] de ajuste del Canon Anual”⁴⁹ como consecuencia de (i) eventos de fuerza mayor o caso fortuito, y (ii) los mayores costos incurridos en la constitución de las servidumbres de paso necesarias para la construcción de las Obras de Transmisión. En resumen, las Demandantes alegan que “el Estado [...] desconoció los compromisos asumidos [con respecto a dichos ajustes del Canon Anual]⁵⁰, tramitando procedimientos administrativos viciados y arbitrarios, claramente dirigidos a minimizar cualquier compensación monetaria que le fuera pagada a TRECSA”⁵¹. Dichos vicios, según las Demandantes, corresponden a violaciones de los procedimientos aplicables a cada uno de los respectivos ajustes del Canon Anual (los supuestos vicios procesales) y a decisiones erróneas, arbitrarias y contradictorias (los supuestos vicios

⁴⁷ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 19ª.

⁴⁸ *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo del 11 de enero de 2021, **RL-18**, párr. 497.

⁴⁹ Memorial de Demanda, párrs. 105 y 409 (explicando que “[c]uando llegó el momento de compensar efectivamente a TRECSA por los daños provocados por la conducta del Estado, éste torció el marco aplicable, implementó arbitrariamente el procedimiento de reajuste del Canon Anual y se negó a compensar a TRECSA, salvo por una fracción de los daños causados”). Ver, también, *Id.*, párr. 239.

⁵⁰ Memorial de Demanda, párr. 240 (Según las Demandantes, dichos compromisos se relacionan con “(i) los costos y gastos adicionales incurridos, directa o indirectamente, como resultado de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito reconocidos por el MEM; (ii) los mayores valores de indemnización por la constitución de las servidumbres de paso necesarias para la construcción de las Obras de Transmisión; y (iii) la aplicación de una tasa de actualización de los ajustes del Canon Anual”).

⁵¹ Memorial de Demanda, párr. 239.

sustantivos)⁵². De nuevo, ninguno de estos reclamos puede tener su fuente en el ejercicio de poderes soberanos por parte del Estado.

46. En efecto, según lo establecido por las mismas Demandantes⁵³, los tres tipos de ajustes del Canon Anual (que están en discusión en este Arbitraje) se encuentran regulados tanto en el Contrato como en las Bases de Licitación⁵⁴ (estas últimas consideradas parte del Contrato⁵⁵):
- a. Con respecto a los eventos de fuerza mayor, la Cláusula Décima Primera del Contrato dispone que, si el MEM “acepta la calificación de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se pronunciará sobre los gastos y costos adicionales en que haya incurrido El Adjudicado, si y solo si estuvieran plenamente justificados”, y que “[e]l valor del Canon Anual podrá ajustarse [...] en aquellos casos en los que, como consecuencia de la fuerza mayor o caso fortuito no atribuible al ADJUDICADO, se incurra en costos y gastos adicionales⁵⁶”;
 - b. Con respecto a los mayores costos incurridos por el adjudicado en los procesos de constitución de servidumbre, la Cláusula Quinta del Contrato consagra, como uno de los “[d]erechos y Obligaciones del Adjudicado”, “[s]olicitar al Ministerio que los montos adicionales a los valores de referencia le sean reconocidos dentro del valor del Canon Anual establecido para el Período de Amortización, de conformidad con el procedimiento

⁵² Sobre las solicitudes de ajuste por fuerza mayor o caso fortuito, ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 260 – 265, 287 – 290, 295, 297. Sobre las solicitudes de ajuste relacionadas con servidumbres, ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 319 – 332. Sobre la solicitud de aplicación de la tasa de actualización, ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 336 – 345.

⁵³ Memorial de Demanda, párr. 240 (Según las Demandantes, dichos compromisos se relacionan con “(i) los costos y gastos adicionales incurridos, directa o indirectamente, como resultado de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito reconocidos por el MEM; (ii) los mayores valores de indemnización por la constitución de las servidumbres de paso necesarias para la construcción de las Obras de Transmisión; y (iii) la aplicación de una tasa de actualización de los ajustes del Canon Anual”).

⁵⁴ Memorial de Demanda, párr. 240 (citando (i) las Cláusulas 5ª y 11ª del Contrato; y (ii) el numeral 5.10.3 de la Cuarta Adenda a las Bases de Licitación).

⁵⁵ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 22ª (“DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE DEL CONTRATO: Forman parte del presente contrato y quedan incorporados a él, por lo que las partes se obligan al cumplimiento de lo que allí se establece, los documentos siguientes: Las Bases de Licitación, Anexos y Adendas, la Oferta Técnica y Económica, y el Programa de Ejecución de Obras”) (el resaltado es nuestro).

⁵⁶ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 11ª.

*establecido en el numeral cinco punto diez (5.10) de las Bases de Licitación, siempre y cuando las obras adjudicadas no hayan iniciado operación comercial*⁵⁷; y

- c. Con respecto a la tasa de actualización del Canon Anual, el numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación dispone que “[p]ara el cálculo de la anualidad a pagar por el ajuste del valor del canon se considerará una tasa de actualización del 7% real anual”⁵⁸.

47. De conformidad con lo anterior, las Demandantes no pueden seriamente negar que cada uno de los procedimientos de ajuste del Canon Anual (que están en discusión en este Arbitraje)⁵⁹ fueron tramitados y decididos por el MEM en ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en cada una de las citadas disposiciones – en este caso, decidir sobre cada una de las solicitudes de TRECSA de ajuste del Canon Anual⁶⁰.

⁵⁷ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 5ª. Ver, también, Memorial de Demanda, párr. 303 (explicando que dicha cláusula prevé “*el derecho de TRECSA de solicitar el ajuste del valor del Canon Anual como resultado de los mayores valores de indemnización por la constitución de las servidumbres de paso necesarias para la construcción de las Obras de Transmisión*”).

⁵⁸ CNEE, Resolución No. 201-2009, Adenda 4 de las Bases de Licitación del 6 de noviembre de 2009, **C-0053/LC-0024**, numeral 5.10.3, pág. 5. Ver, también, Memorial de Demanda, párr. 335 (explicando que dicha disposición estableció que “*para el cálculo de la anualidad a pagar por el ajuste del valor del canon se considerará una tasa de actualización de 7% real anual*”).

⁵⁹ En su Demanda, GEB y TRECSA hacen referencia a los siguientes procedimientos: (i) Procedimientos sobre ajuste por fuerza mayor o caso fortuito (MEM, Resolución No. 599 del 23 de febrero de 2015, **C-0156/LC-0033**; MEM, Resolución No. 1198 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 26 de julio de 2021, **C-0159**; MEM, Resolución No. 1198 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 26 de julio de 2021, **C-0159**, MEM, Resolución No. 1258 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 5 de agosto de 2021, **C-0161/LC-0019/LC-0021**; MEM, Carta a TRECSA sobre Resolución No. 1258- 2021 del 14 de diciembre de 2021, **C-0165**. (ii) Procedimientos sobre las solicitudes de ajuste relacionadas con servidumbres (MEM, Resolución No. 770-2016 del 11 de febrero de 2016, **C-0169**; MEM, Resolución No. 921-2020 del 28 de julio de 2020, **C-0176/LC-0028**, MEM, Resolución No. 925-2020 del 30 de julio de 2020, **C-0177/LC-0029**, MEM, Resolución No. 928-2020 del 3 de agosto de 2020, **C-0178/LC-0014** (iii) Procedimientos sobre la solicitud de aplicación de la tasa de actualización (MEM, Resolución No. 992-2022 Rechazando Tasa de Actualización, **C-0481/LC-0032**).

⁶⁰ Procedimientos sobre ajuste por fuerza mayor o caso fortuito: (i) TRECSA, Memorial del 30 de enero de 2014, **C-0097**; (ii) TRECSA, Actualización de Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de eventos de Fuerza Mayor del 20 de febrero de 2015, **C-0155**; (iii) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 27 de diciembre de 2019, **C-0158/JS-0016/LC-0011/LC-0020**; (iv) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 14 de diciembre de 2020, **C-0160/LC-0012/LC-0022**. Procedimientos sobre las solicitudes de ajuste relacionadas con servidumbres: (i) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Lotes A y E) del 21 de noviembre de 2014, **C-0166**; (ii) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Lote E) del 19 de noviembre de 2015, **C-0167**; (iii) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Lote C) del 18 de diciembre de 2015, **C-0168**; (iv) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Lote C) del 24 de septiembre de 2019, **C-0170/JS-0013/LC-0007**; (v) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Lote D) del 24 de septiembre de 2019, **C-0171/JS-0014/LC-0008**; (vi) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Lote E) del 24 de

48. Por consiguiente, cualquier controversia en relación con los procedimientos de ajuste del Canon Anual (y, en particular, con las resoluciones dictadas por el MEM en el marco de dichos procedimientos) no es más que una discusión contractual que le corresponde decidir al juez del Contrato, principalmente, sobre: (i) las supuestas violaciones al procedimiento aplicable a los ajustes del Canon Anual, y (ii) la procedencia de dichos ajustes.
49. *En cuarto lugar, las Demandantes alegan que, a través de la Resolución No. 214-2021 (i.e., la Resolución a través de la cual el Ministerio aceptó la Cuarta Modificación del Contrato), el MEM (i) “dispuso, unilateral y arbitrariamente, que no compensaría a TRECSA por los costos adicionales incurridos como resultado de eventos de Fuerza Mayor que llevaron a la exclusión de ciertas Obras del alcance del Proyecto”⁶¹, y (ii) “le arrebató [a TRECSA] el derecho a obtener el Canon Anual y subsecuente cobro de peaje de esos tramos”⁶².*
50. Sin embargo, al igual que la Resolución No. 2017-1515, la Resolución No. 214-2021 constituye el ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera del Contrato⁶³ – en este caso, pronunciarse sobre la solicitud de “*modificación del plazo de ejecución*

septiembre de 2019, **C-0172/JS0015/LC-0009**; (vii) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Actualización Lote C) del 19 de diciembre de 2019, **C-0173/LC-0025**; (viii) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Actualización Lote D) del 19 de diciembre de 2019, **C-0174/LC-0026**; (ix) TRECSA, Solicitud de Ajuste del Valor del Canon Anual por Mayores Valores de Servidumbres (Actualización Lote E) del 19 de diciembre de 2019, **C-0175/LC-0027**. Procedimientos sobre la solicitud de aplicación de la tasa de actualización (i) TRECSA, Memorial sobre Tasa de Actualización (MEM), **C-0480/LC-0031**; (ii) TRECSA, Memorial sobre Tasa de Actualización (CNEE), **C-0479/LC-0018**.

⁶¹ Memorial de Demanda, párr. 371. Ver también, Id., párrs. 105, 409.

⁶² Memorial de Demanda, párr. 409.

⁶³ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 11^a (“[...] *En caso de que un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito ocurra antes de la Fecha Programada de Operación Comercial, impida al Adjudicado en cumplir con sus obligaciones contractuales en forma total por más de tres meses, interrumpiendo el avance de las obras sustancialmente, el Adjudicado tendrá el derecho de solicitar al Ministerio la modificación del Programa de Ejecución de Obras, en los eventos que fuese necesario, y de la Fecha Programada de Operación Comercial. EN caso de que el Adjudicado se retrase en alcanzar cualquier Evento Crítico en la Fecha de EVENTO Crítico correspondiente como resultado de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, sea que el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya sido declarado conforme al procedimiento descrito en esta cláusula o se encuentre en proceso de ser declarado, la Fecha de Evento Crítico correspondiente y todas las subsecuentes Fechas de Eventos Críticos serán prorrogadas por un período de tiempo mutuamente acordado por el Adjudicado y el Ministerio, que no exceda el período de retaso; en el entendido de que no se realizará ninguna prórroga a menos que el Adjudicado haya solicitado por escrito la prórroga la Ministerio especificando la razón para la misma a más tardar diez (10) días después de que el Adjudicado tenga conocimiento de la ocurrencia del evento de Fuerza Mayor o Cas Fortuito. [...]”*).

de obras de transmisión establecidas en el contrato así como el Programa de Ejecución de Obras”⁶⁴, presentada por TRECOSA mediante memorial del 17 de marzo de 2020⁶⁵.

51. Adicionalmente, al igual que las modificaciones consagradas en la Tercera Modificación al Contrato, el MEM en ningún momento impuso las modificaciones al Contrato de forma unilateral. Por el contrario, TRECOSA decidió aceptar dichas modificaciones al momento de suscribir la escritura pública que formalizó la Cuarta Modificación al Contrato⁶⁶. El hecho de que las Demandantes aleguen que el MEM “forzó” a TRECOSA a aceptar dichas modificaciones del Contrato⁶⁷ o que, incluso, sugieran que el MEM engañó a TRECOSA⁶⁸, no cambia la naturaleza contractual de los reclamos de las Demandantes⁶⁹.
52. De conformidad con lo anterior, el Tribunal deberá declarar que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM.

⁶⁴ MEM, Resolución No. 214-2021 (Cuarta prórroga) del 19 de febrero de 2021, **C-0181**, pág. 7.

⁶⁵ Ver, TRECOSA, Solicitud de Cuarta Prórroga del Contrato del 17 de marzo de 2020, **C-0179**, págs. 26 y 27 (“En virtud de lo anteriormente expuesto, por este medio TRECOSA solicita que se modifique el plazo de ejecución de las obras de transmisión establecido en el Contrato y, por ende, del Programa de ejecución de Obras. Para el efecto, se solicita la conformación de un equipo técnico integrado por personal de TRECOSA, del MEM y de la COMISION NACIONAL DE ENERGIA ELECTRICA (“CNEE”) para que, en conjunto y de mutuo acuerdo, tomando en consideración las condiciones actuales, definan: i) el tiempo de prórroga del Contrato y su correspondiente ajuste el Plan de ejecución de Obras; y ii) las alternativas técnicas que le permitan a mi representada culminar el Proyecto. [...] Las solicitudes se fundamentan en la Cláusula Décima Primera del Contrato, según la cual: ‘(...) En caso de que el Adjudicatario se retrase en alcanzar cualquier Evento Crítico en la Fecha del Evento Crítico correspondiente como resultado de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, sea que el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya sido declarado conforme al procedimiento descrito en esta cláusula o se encuentre en proceso de ser declarado, la Fecha de Evento Crítico Correspondientes y todas las subsecuentes Fechas de Eventos Críticos serán prorrogadas, por un periodo de tiempo mutuamente acordado por el Adjudicado y el Ministerio, que no exceda el periodo de retraso;[...]”).

⁶⁶ Cuarta Modificación del Contrato (Escritura) del 13 de mayo de 2021, **C-0082/JS-0010/LC-0006**

⁶⁷ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párr. 453 (“En este caso, Guatemala también, ‘en ejercicio de su autoridad pública y actuando más allá de los derechos contractuales’ que le otorgaba el Contrato, forzó a las Demandantes a implementar modificaciones contractuales para torcer el Contrato en beneficio del Estado”); párr. 460 (explicando que el MEM violó el estándar de transparencia al “abus[ar] de su poder soberano para forzar a TRECOSA a aceptar modificaciones unilaterales del Contrato en beneficio del Estado en la Tercera y Cuarta Prórrogas del Contrato”).

⁶⁸ Memorial de Demanda, párr. 384 (alegando que, tras la notificación de la Resolución No. 214-2021, “[q]uedó claro entonces por qué el MEM había insistido tanto en que la exclusión de Obras del alcance del Proyecto viniese por medio de la figura (ficticia) de una ‘renuncia’ por parte de TRECOSA, cuando que la realidad es que estas Obras se tuvieron que excluir precisamente por la conducta del Estado. La aplicación de la ‘renuncia’ – impuesta por el MEM – permitió que éste pudiese deslindarse de las consecuencias económicas de las falencias del Estado”).

⁶⁹ Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo del 11 de enero de 2021, **RL-18**, párr. 447 (“[l]a gravedad de la conducta no determina su carácter o naturaleza”).

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

53. Consciente de la naturaleza contractual de sus reclamos, las Demandantes alegan que el Estado “violó las cláusulas paraguas contenidas en [diez] tratados⁷⁰ e incorporadas al Tratado mediante su Artículo 12.6⁷¹ al incumplir los compromisos asumidos con TRECSA⁷² bajo (i) la LGE y el Reglamento de la LGE⁷³, y (ii) el Contrato⁷⁴.”

54. Sin embargo, aun si fuera cierto que el Estado violó cada uno de dichos compromisos (*quod non*), dicha conducta no puede constituir ni siquiera *prima facie* una violación del Tratado. Las Demandantes no pueden incorporar al Tratado las cláusulas paraguas que invocan y, en cualquier caso, dichas cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual a un reclamo internacional. Adicionalmente, puesto que los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala, por acuerdo de TRECSA y el MEM, dichos reclamos serían, en definitiva, inadmisibles. Veamos:

55. *En primer lugar*, aun asumiendo que la Cláusula de NMF permitiera importar estándares jurídicos de otros tratados (que no lo hace), **por expresa disposición del Tratado (y reserva de Guatemala), las Demandantes no pueden incorporar al Tratado, vía su Cláusula de NMF, ninguna de las diez cláusulas paraguas que invocan en la Demanda.**

56. En efecto, el artículo 12.12.2 del Tratado dispone que “[e]l Artículo 12.6 [la Cláusula de NMF] no se aplicará al trato otorgado por una Parte de conformidad con cualquier Tratado o Acuerdo Internacional, o respecto a los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo III [Excepción al trato de nación más favorecida]”. A su vez, el Anexo III establece

⁷⁰ Memorial de Demanda, párr. 519.

⁷¹ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, C-1, Artículo 12. 6 (“1. Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio. 2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio. 3. El Trato de Nación más Favorecida que haya de otorgarse en circunstancias similares no se extiende a los mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión”).

⁷² Memorial de Demanda, párr. 519.

⁷³ Memorial de Demanda, párr. 520.

⁷⁴ Memorial de Demanda, párr. 521.

expresamente que, para “todos los sectores”, “*Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país, de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado*”⁷⁵.

57. En este caso, sin embargo, las Demandantes pretenden, precisamente, que se les otorgue el mismo trato que a los inversionistas de diez países diferentes (*i.e.*, que se les aplique la cláusula paraguas), de conformidad con lo establecido en tratados que entraron en vigencia o que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia del Tratado entre Guatemala y Colombia⁷⁶ (*i.e.*, el 12 de noviembre de 2009). En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el Anexo III, las Demandantes no pueden, ni siquiera *prima facie*, alegar que “*las cláusulas paraguas previstas en [dichos] tratados de inversión celebrados por Guatemala con otros estados pueden ser incorporadas al Tratado, por aplicación del Artículo 12.6 del mismo*”⁷⁷.
58. *En segundo lugar, si, par impossible*, el Tribunal decidiera restar todo efecto al artículo 12.12.2 del Tratado y, con ello, a la reserva de Guatemala (*quod non*), la posición de las Demandantes igual ignora que el Tribunal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre violaciones del

⁷⁵ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, Lista de la República de Guatemala, Anexo III: Excepción al trato de nación más favorecida.

⁷⁶ Ver, Memorial de Demanda, párr. 518, citando (i) Acuerdo entre la República de Guatemala y la República de Austria para la Promoción y Protección de las Inversiones del 1 de diciembre de 2021, **CL-079** (con respecto a este tratado, el Estado advierte que el anexo CL-079, presentado por las Demandantes, erróneamente indica que la fecha del tratado es el 1 de diciembre de 2021. Sin embargo, según se evidencia en el texto del mismo anexo, el tratado fue suscrito el 16 de enero de 2006); (ii) Agreement Between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Guatemala on the Promotion and Protection of Investments del 6 de enero de 2007, **CL-080**; (iii) Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 1 de julio de 2005, **CL-081**; (iv) Tratado entre la República de Guatemala y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Capital del 29 de octubre de 2006, **CL-082**; (v) Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República Italiana para la Promoción y la Protección de las Inversiones del 3 de marzo de 2008, **CL-083**; (vi) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones del 21 de mayo de 2004, **CL-084**; (vii) Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Guatemala on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments del 3 de mayo de 2005, **CL-085**; (viii) Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Guatemala for the Promotion and Protection of Investments del 17 de agosto de 2002, **CL-087**; (ix) Acuerdo Entre la República de Argentina y la República de Guatemala para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones del 7 de diciembre de 2002, **CL-088**; y (x) Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de los Países Bajos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 18 de mayo de 2001, **RL-19** (con respecto a este tratado, el Estado advierte que el anexo CL-86, presentado por las Demandantes, no está firmado y erróneamente indica que la fecha del tratado es el 1 de septiembre de 2022. Según lo indicado en el anexo **RL-19**, este tratado fue suscrito el 18 de mayo de 2001).

⁷⁷ Memorial de Demanda, párr. 517.

Capítulo 12 (Inversión), Sección A del Tratado⁷⁸ (y no sobre estándares jurídicos contenidos en otros tratados).

59. A pesar de la claridad de esta regla, las Demandantes ni siquiera han explicado de qué forma el artículo 12.6 del Tratado (*i.e.*, la Cláusula de NMF) permitiría extender la jurisdicción del Tribunal a supuestas violaciones de estándares no incluidos en el Tratado (como la cláusula paraguas). En su lugar, las Demandantes simplemente asumen que cualquier cláusula de NMF permite importar estándares sustantivos de otros tratados. En sus palabras, “*es aceptado por tribunales internacionales que uno de los propósitos de las cláusulas de trato de nación más favorecida es otorgar a los inversionistas todas las protecciones sustantivas previstas en otros tratados [...]*”⁷⁹. Esto es incorrecto.
60. Como explicó el tribunal en el caso *Tza Yap Shum c. Perú*, “[c]ada cláusula de la NMF es un mundo, que exige una interpretación individualizada, para determinar cuál es su ámbito de aplicación”⁸⁰. En este caso, una simple lectura de los artículos 12.6.1 y 12.6.2 (ignorados por las Demandantes⁸¹) confirma que los mismos no permiten importar estándares de otros tratados:
61. Primero, la Cláusula de NMF no contiene una sola frase que establezca inequívocamente la intención de las Partes de extender la jurisdicción del Tribunal a violaciones de estándares incluidos en otros tratados.
62. Segundo, los artículos 12.6.1 y 12.6.2 limitan el ámbito de aplicación de la Cláusula de NMF al trato más favorable otorgado “*en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte [y a sus inversiones] en lo referente al establecimiento,*

⁷⁸ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, Artículo 12.18.4.

⁷⁹ Memorial de Demanda, párr. 508.

⁸⁰ *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia del 19 de junio de 2009, **RL-20**, párr. 198. Ver, también, *Krederi Ltd. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018, **CL-055**, párr. 289 (“*The Tribunal further agrees that it is preferable to look at the precise MFN clause in order to determine its effect than to rely on general concepts of what the invocation of such clauses may achieve or may not achieve*”).

⁸¹ En efecto, en su Demanda, GEB y TRECSA simplemente alegan que (i) “[e]l mismo artículo aclara que el trato de nación más favorecida ‘no se extiende a mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión’” y (ii) que esto “implica que, fuera de los mecanismos de solución de controversias, es posible aplicar el trato de nación más favorecida a las protecciones sustantivas previstas en otros tratados de los que Guatemala es parte” (Memorial de Demanda, párr. 507). Sin embargo, este argumento es un *non sequitur*. El hecho de que los Estados Contratantes no hubieran expresamente excluido del ámbito de aplicación de la Cláusula de NMF la posibilidad de importar estándares sustantivos de otros tratados, no significa que dichos estándares puedan de hecho ser incorporados a través de la Cláusula de NMF. El ámbito de aplicación de la Cláusula de NMF depende de lo establecido en el texto de la misma cláusula.

adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio⁸². Tal y como han advertido ciertos Estados, este lenguaje evidentemente restringe la aplicación de la Cláusula NMF a instancias específicas de trato otorgado por el Estado a inversionistas extranjeros en su propio territorio y en circunstancias de hecho similares⁸³. No se extiende al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas. En palabras del tribunal en *Hochtief c. Argentina*, la Cláusula NMF “*toma como referencia el estándar de trato otorgado a terceros [...] La cláusula NMF no constituye un renvoi a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el TBI que contenga la cláusula NMF*”⁸⁴.

63. Tercero, incluso si se aceptara que la Cláusula NMF se aplica a estándares jurídicos de trato (*quod non*), el hecho de que dicha cláusula sólo se pueda aplicar a inversionistas o inversiones “*en circunstancias similares*” necesariamente implica que la misma sólo se podría aplicar a formulaciones más favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado⁸⁵. Cualquier otra

⁸² Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, Artículo 12.6.1 y 12.6.2.

⁸³ Este es, por ejemplo, el caso de los Estados parte del NAFTA (cuya cláusula de NMF es similar al artículo 12.6 del Tratado). Ver, *Chemtura Corporation c. Canadá*, Arbitraje NAFTA/CNUDMI, Laudo 2 del agosto de 2010, **RL-21**, párr. 235 (“*This said, the Tribunal turns to the alternative claim that the Claimant’s investment was treated in breach of a more favorable FET clause applicable through Article 1103 of NAFTA. The Respondent as well as the United States and Mexico in their Article 1128 interventions (US Submission. 31 July 2009; Mexico’s Submission. 31 July 2009) firmly oppose of the possibility of importing a FET clause from a BIT concluded by Canada*”); *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Memorial de Contestación del Demandante sobre el Fondo y Objeciones a la Jurisdicción del 14 de diciembre de 2012, **RL-22**, párr. 389 (“*The NAFTA Parties thus unanimously agreed that the most-favored-nation treatment obligation under Article 1103 did not alter the substantive content of the fair and equitable treatment obligation under Article 1105(1). These common, concordant views of all of the States Parties may be deemed the authentic interpretation of the treaty, to be applied by NAFTA tribunals constituted under Chapter Eleven*”) (el resaltado es nuestro); *Mesa Power LLC c. Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Escrito de México bajo el artículo 1128 del NAFTA del 25 de julio de 2014, **RL-23**, párr. 13 (“*Mexico disagrees with the suggestion in paragraph 51 of the Claimant’s Reply Memorial that Article 1103 can be used to import language into the NAFTA from the Canada – Czech investment Treaty, or to use that other treaty as an excuse to disregard the explicit wording of NAFTA Article 1108. Article 1103 applies to actual instances of treatment accorded to one or more investors of a third State, or their investments, which is more favorable than the treatment accorded, in like circumstances, to the claimant or its investment. The fact that another treaty theoretically offers different treatment is insufficient to establish a violation of Article 1103*”).

⁸⁴ *HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, **RL-24**, párr. 81. En este mismo sentido ver *İçkale c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo del 8 de marzo de 2016, **RL-25**, párr. 329 (haciendo referencia al requisito “*en circunstancias similares*”).

⁸⁵ *Muhammet Cap y Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo del 4 de mayo de 2021, **RL-26**, párr. 793 (explicando que “*the wording of [the MFN clause], requiring such factually similar situation, does not entitle Claimants to rely on the MFN provision to import substantive standards of protection from third-party treaty which are not included in the BIT, and to rely on such standards in the present Arbitration*”).

interpretación restaría todo efecto al requisito de que los inversionistas o sus inversiones se encuentren “*en circunstancias similares*”.

64. *En tercer lugar*, aun si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas puede ser importada a través de la Cláusula NMF (*quod non*), el Tribunal igual carecería *prima facie* de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos puramente contractuales de las Demandantes por una razón fundamental: las cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional. Como explicó el tribunal en *El Paso c. Argentina*, “*una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado*”⁸⁶.
65. Por consiguiente, para que exista una violación *prima facie* de la cláusula paraguas, el inversionista debe igual demostrar que, en el caso específico, el Estado estaba actuando en ejercicio de sus poderes soberanos (y no como una parte contractual)⁸⁷. De lo contrario, el tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre dichos reclamos⁸⁸.
66. En este caso, al menos 5 de los 10 reclamos de las Demandantes bajo la cláusula paraguas⁸⁹ constituyen reclamos puramente contractuales que escapan al ámbito de aplicación de dicha cláusula (incluidos algunos reclamos que las Demandantes califican como violaciones de la LGE

⁸⁶ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia del 27 de abril de 2006, **RL-15**, párr. 82.

⁸⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2003, **RL-27**, párrs. 166-168; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia del 27 de abril de 2006, **RL-15**, párrs. 81, 82 y 109; *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2004, **RL-28**, párrs. 81-82.

⁸⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2003, **RL-27**, párrs. 166-168; *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2004, **RL-28**, párrs. 81-82 (“*In this context, it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case. The connection between the Contract and the Treaty is the missing link that prevents any such effect. This might be perfectly different in other cases where that link is found to exist, but certainly it is not the case here. The Tribunal concludes therefore that, even if for the sake of argument there was an investment in this case, the absence of a Treaty-based claim, and the evidence that, on the contrary, all claims are contractual, justifies the finding that the Tribunal lacks jurisdiction. Neither has it been credibly alleged that there was Egyptian State interference with the Company’s contract rights*”) (el resaltado es nuestro).

⁸⁹ Memorial de Demanda, párr. 521.

y su Reglamento). Por consiguiente, y de conformidad con lo indicado en la Sección 3.1 *supra*, el Tribunal igual carecería de jurisdicción para pronunciarse sobre los siguientes reclamos:

- a. La supuesta violación del “Artículo 4 de la LGE”, al emitir “(i) la Resolución No. 1198 del MEM; (ii) el Informe Técnico No. 155 de la CNEE; (iii) la Resolución No. 1258 del MEM; y (iv) el Informe Técnico No. 168 de la CNEE”;
 - b. La supuesta violación del “Artículo 54 bis del Reglamento de la LGE”, a través de las medidas que supuestamente “genera[ron] la pérdida del valor de Canon Anual acordado”, y que el Estado supuestamente “se ha negado a ajustarlo de acuerdo a lo acordado en el Contrato”;
 - c. La supuesta violación de la Cláusula 2ª “a través de resoluciones arbitrarias y carentes de debido proceso que han negado la compensación de montos incurridos por fuerza mayor, dejando sin efecto el reconocimiento del Estado de esos mismos eventos de Fuerza Mayor”;
 - d. La supuesta violación de la Cláusula 5ª “al negarse consistentemente, mediante resoluciones arbitrarias, a compensar a las Demandantes por [los costos y gastos incurridos en el trámite de las servidumbres por encima del valor referencial máximo]”; y
 - e. La supuesta violación de la Cláusula 2ª “al cancelar definitivamente cualquier posibilidad de cobro de Canon Anual con respecto de los tramos que debieron ser excluidos del Proyecto”⁹⁰.
67. Por último, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos, por lo cual no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal (ni siquiera a través de la cláusula paraguas).
68. De hecho, aun si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas permite elevar reclamos contractuales al nivel de reclamos internacionales, los tribunales de inversión han sido enfáticos en que la cláusula paraguas no puede ser usada para eludir el foro exclusivo de resolución de litigios incluido en el contrato⁹¹. Esta regla fue explicada en términos sencillos por el tribunal en *SGS c. Filipinas*: “the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively. [Claimants] should not be able to approbate and reprobate in respect of the same

⁹⁰ Memorial de Demanda, párrs. 520 y 521.

⁹¹ Ver, por ejemplo, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 29 de mayo de 2009, **RL-29**, párr. 142; *Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia*, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final del 3 de febrero de 2020, **CL-078**, párr. 375; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de septiembre de 2009, **RL-17**, párr. 202.

contract: if it claims under the contract, it should comply with the contract in respect of the very matter which is the foundation of its claim”⁹².

69. La razón detrás de esta regla es sencilla: los reclamos contractuales están basados en el Contrato y, como tal, están sujetos al resto de sus disposiciones (incluida la cláusula exclusiva de elección de foro). Como explicó recientemente el tribunal en *Consutel c. Argelia*, la cláusula paraguas “*no puede tener el efecto de modificar el régimen de las obligaciones a las que se aplica. [...] El contrato forma un todo, y el inversionista no puede, mediante una cláusula paraguas, invocar algunas de las cláusulas del contrato eximiéndose de otras, como la cláusula compromisoria*”⁹³.
70. En este caso, las partes del Contrato voluntariamente sometieron los reclamos contractuales a la jurisdicción exclusiva de los tribunales con sede en Guatemala. Al respecto, la Cláusula Vigésima (“Leyes, Jurisdicción e Interpretación”) establece que:

*En toda cuestión litigiosa relacionada con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa del presente contrato, EL ADJUDICADO renuncia en forma expresa por este acto, al fuero de su domicilio y se somete a los tribunales con sede en la ciudad de Guatemala [...]. Queda entendido que el EL ADJUDICADO, los contratistas y subcontratistas de éste, o sus socios que sean extranjeros, no podrán recurrir en cualquier forma a la reclamación por la vía de la protección diplomática, en lo relacionado con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa de este Contrato*⁹⁴.

71. Esta cláusula es válida y vinculante para las partes del Contrato. Por consiguiente, las Demandantes no pueden pretender reclamar ciertos incumplimientos del Contrato y, al mismo tiempo, ignorar su compromiso bajo la citada Cláusula Vigésima del Contrato, esto es, someter “*toda cuestión litigiosa relacionada con la aplicación, interpretación, [y] ejecución [...] del [...]*

⁹² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004, **RL-30**, párr. 155.

⁹³ *Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia*, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final del 3 de febrero de 2020, **CL-078**, párr. 375 (traducción libre del francés “*ne peut en revanche avoir pour effet de modifier le régime des obligations auxquelles elle s’applique. [...] Le contrat forme un tout, et l’investisseur ne peut, par le jeu d’une clause parapluie, invoquer certaines des clauses du contrat tout en s’exonérant d’autres, telles que la clause compromissoire*”) (el resaltado es nuestro).

⁹⁴ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 20ª.

[C]ontrato” (como las que plantean en este Arbitraje) a la jurisdicción de los tribunales de Guatemala⁹⁵.

72. Permitir a las Demandantes invocar las cláusulas paraguas de otros tratados para someter reclamos contractuales a la jurisdicción del Tribunal sería tolerar un fraude al Contrato y un abuso del arbitraje de inversiones⁹⁶. Como explica la doctrina, “[t]here is little question that the *abus de droit* rule governs the exercise of rights during the litigation process, i.e., abuse of process. [U]nder this principle, [...] [i]t may also be alleged that reference to one court, when a clearly more appropriate national or international court is available may be deemed abusive. [...] Such an impropriety clearly occurs when a claimant seizes one judicial body in violation of a contractual or treaty obligation to refer the dispute to another court or tribunal”⁹⁷.

3.3 El Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre reclamos en contra de la conducta de las cortes de Guatemala distintos de una denegación de justicia

73. Además de presentar reclamos contractuales, las Demandantes alegan que las cortes de Guatemala habrían incurrido en una serie de violaciones del Tratado y del derecho internacional distintas de una denegación de justicia⁹⁸. Por ejemplo, las Demandantes alegan que la conducta de la Corte

⁹⁵ Aunque la Cláusula 26ª del Contrato (“Controversias”) contempla la posibilidad de acudir a un arbitraje nacional en equidad, dicha cláusula no desvirtúa el carácter exclusivo de la Cláusula 20ª del Contrato con respecto a la resolución de controversias contractuales en derecho. **Primero**, como se anticipó, la Cláusula 26ª se refiere a arbitrajes nacionales en equidad (no en derecho). **Segundo**, la Cláusula 26ª se aplica únicamente en aquellos casos en los que las partes deciden voluntariamente acudir a una conciliación bajo la Ley de Arbitraje (Decreto No. 67-95) y no logran llegar a ningún acuerdo. **Tercero**, y no menos importante, el procedimiento consagrado en la Cláusula 26ª es completamente facultativo. Al respecto, dicha cláusula dispone que, “[t]odas las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación o efectos del contrato, fianzas y seguros, se tratarán de resolver de forma directa por las partes, incluyendo, pero sin limitarse a las que se deriven de su celebración, cumplimiento o terminación y liquidación, que no puedan ser resueltas amigablemente, se podrá acudir al procedimiento de conciliación establecido en la Ley de Arbitraje, bajo la administración y el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala CENAC. [...] [E]n caso de no llegarse a ningún acuerdo en la conciliación las controversias se resolverán mediante el procedimiento de arbitraje en equidad bajo la administración y el reglamento del CENAC”. Ver, Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual del 22 de febrero de 2010, **C-0065/JS-0006/LC-0002**, Cláusula 26ª.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, *Mobil Corporation y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio de 2010, **RL-31**, párrs. 169-171 (“in all systems of law, whether domestic or international, there are concepts framed in order to avoid misuse of the law. Reference may be made in this respect to ‘good faith’ (‘bonne foi’), ‘détournement de pouvoir’ (‘misuse of power’) or ‘abus de droit’ (‘abuse of right’). [...] The concept of *détournement de pouvoir* (misuse of power) has also been relied upon in international law”).

⁹⁷ Y. Shany, “Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts”, Oxford University Press, 2007 (extractos), **RL-32**, págs. 192–193.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 441, 458, 465. Aparte de sus reclamos contra la Corte de Constitucionalidad, parecería que las Demandantes también presentan, entre otros, reclamos en contra del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Civil y el Tribunal Contencioso Administrativo. Sin embargo, las Demandantes no han especificado de qué forma la conducta de dichos jueces podría constituir una violación del Tratado (ver Apéndice 1).

de Constitucionalidad constituye (i) una medida arbitraria porque “[d]eterminó la inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo 145-2013, mediante un procedimiento arbitrario y carente de debido proceso”⁹⁹, y (ii) una violación a la obligación de actuar de forma transparente porque “declaró inconstitucional” el Acuerdo Gubernativo 145-2013¹⁰⁰. Con ello, las Demandantes alegan que la Corte de Constitucionalidad contradujo “la calificación que el Estado le había estado dando al Proyecto PET desde las Bases de Licitación, re-confirmada por el Acuerdo Gubernativo No. 145-2013, [...] entorpeció el avance del Proyecto en diversos municipios”¹⁰¹, y “gener[ó] incertidumbre jurídica para la inversión de las Demandantes”¹⁰².

74. Ninguno de estos reclamos constituye, *prima facie*, una violación del Tratado. De entrada, la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo es simplemente producto de la interacción entre las ramas del poder público y prueba de la separación y balance de poderes en el Estado guatemalteco. Dicha decisión no constituye (y no puede constituir) un comportamiento contradictorio o inconsistente del Estado en violación de sus obligaciones internacionales.
75. En efecto, bajo el derecho internacional, es ampliamente aceptado que las decisiones de las cortes domésticas no pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, salvo que el inversionista alegue y logre probar la existencia de una denegación de justicia. La decisión del tribunal en *Azinian c. México* constituye el referente principal en la materia. Al respecto, el tribunal explicó que, “[a]ún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito”¹⁰³.
76. Este principio se encuentra profundamente arraigado en el derecho internacional¹⁰⁴, y obedece al tratamiento diferenciado que el derecho internacional otorga a las cortes domésticas frente a otros

⁹⁹ Memorial de Demanda, párr. 441.

¹⁰⁰ Memorial de Demanda, párr. 458.

¹⁰¹ Memorial de Demanda, párr. 458.

¹⁰² Memorial de Demanda, párr. 465.

¹⁰³ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999, **CL-053**, párr. 99.

¹⁰⁴ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo del 20 de noviembre de 1984, **RL-33**, párr. 150 (“it is common ground in international law that the international responsibility of a State is not committed by the acts of its municipal courts, except where such acts amount to denial of justice”); G. Fitzmaurice, *The*

órganos del Estado. El tribunal en *RosInvestCo c. Rusia*, por ejemplo, advirtió que, al momento de fallar sobre los méritos de un reclamo, “*one will have to take into account the different functions held by administrative organs and judicial organs of a state and the resulting differences in their discretion when applying the law and in the appeals available against their decisions*”¹⁰⁵. Posteriormente, el tribunal confirmó y aclaró que, “[*i*n view of these specific aspects of the conduct of national courts, the specific criteria for denial of justice ha[s] been developed in international law”¹⁰⁶. En este mismo sentido, McLachlan, Shore y Weiniger explicaron que el desarrollo del concepto de denegación de justicia como un estándar eminentemente procesal “*has been illuminatingly explained as international law’s recognition of the special deference due to an adjudicatory process as the determination of claims through reasoned argument and decision. The result is that international law is not concerned to adjudicate the correctness of the judgment per se. It protects the institution of adjudication and only intervenes when the process itself fails to afford the basic qualities that justify its existence*”¹⁰⁷.

77. Hoy en día, este principio sigue siendo la piedra angular del análisis de reclamos internacionales en contra de decisiones judiciales domésticas. En efecto, después del laudo en *Azinian c. México*, múltiples tribunales de inversión han confirmado que, en ausencia de una denegación de justicia, las decisiones de las cortes domésticas (incluso, aquellas que sean erróneas, arbitrarias o injustas) no pueden constituir un ilícito internacional¹⁰⁸. Los doctrinantes contemporáneos también se han

Meaning of the Term ‘Denial of Justice’, British Yearbook of International Law, Vol. No. 3 (1932), **RL-34**, págs. 110 y 111 (“*Subject to this provisio[n], the rule may be stated that the merely erroneous or unjust decision of a court, even though it may involve what amounts to a miscarriage of justice, is not a denial of justice, and, moreover, does not involve the responsibility of the state. To involve the responsibility of the state the element of bad faith must be present, and it must be clear that the court was actuated by bias, by fraud, or by external pressure, or was not impartial; or the judgment must be such as no court which was both honest and competent could have delivered*”) (el resaltado es nuestro); Cotesworth & Powell arbitration, reportado en J. Bassett Moore, “History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party”, Vol. 2, 1898, **RL-35**, pág. 2081 (“*[a]s a rule, when a cause in which foreigners are interested, has been decided in due form, the nation of the defendants cannot hear their complaints. It is only in cases where justice is refused, or palpable or evident injustice is committed, or when rules and forms have been openly violated, or when odious distinctions have been made against its subjects, that the government of the foreigner can interfere*”).

¹⁰⁵ *RosInvestCo Uk Ltd. c. Federación de Rusia*, Caso SCC No. 079.2005, Laudo Final del 12 de septiembre de 2010, **RL-36**, párr. 274. Ver, también, *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo del 22 de junio de 2010, **RL-37**, párr. 268.

¹⁰⁶ *RosInvestCo Uk Ltd. c. Federación de Rusia*, Caso SCC No. 079.2005, Laudo Final del 12 de septiembre de 2010, **RL-36**, párr. 274 (el resaltado es nuestro).

¹⁰⁷ C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, 2ª Ed., Oxford University Press, 2017 (extractos), **RL-38**, párr. 7.109.

¹⁰⁸ *IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala*, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final del 7 de octubre de 2020, **RL-39**, párrs. 578–581 y 587 (“*the decisions of the Criminal Court can only generate international responsibility under the standard of denial of justice. [...] Since the Claimant has opted not to raise a denial of justice claim in connection with those decisions, the Tribunal cannot entertain the Claimant’s assertions of arbitrariness in respect of*”).

pronunciado en este sentido¹⁰⁹. Cualquier otra conclusión implicaría que cualquier decisión judicial adversa a los intereses de un inversionista podría constituir una violación de un tratado de protección de inversiones.

78. En suma, y de conformidad con lo anterior, el Tribunal deberá declarar que carece *prima facie* de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de las cortes de Guatemala que no resulten de una denegación de justicia.

4. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS QUE LAS DEMANDANTES YA ELIGIERON SOMETER A LOS TRIBUNALES COMPETENTES DE GUATEMALA

79. Otro ejemplo de las “*condiciones y limitaciones al consentimiento*”¹¹⁰ que expresamente se establecieron en el Tratado se encuentra en su artículo 12.22.2, según el cual, “[u]na vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18(5), la elección de uno u otro procedimiento será definitivo”¹¹¹.

80. Bajo este artículo, si el inversionista inicia un procedimiento ante una corte competente del Estado receptor de la inversión, dicha elección es definitiva y, por ende, no puede someter la misma controversia a cualquiera de los procedimientos arbitrales previstos en el artículo 12.18.5 del Tratado. Esta disposición constituye una típica cláusula de elección de vía (*fork in the road*) que obliga al inversionista a presentar su disputa ante un único foro. En palabras del Prof. Zachary

the conduct of the Criminal Court”); *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo del 3 de junio de 2021, **RL-40**, párr. 357 (indicando que, según el derecho internacional consuetudinario, a falta de una denegación de justicia, las decisiones judiciales que interpretan el derecho interno no pueden violar el derecho internacional); *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007, **RL-41**, párr. 313 (afirmando que “*subject to denial of justice ... an erroneous judgment (if there should be one) shall not in itself run against international law, including the Treaty*”); *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo del 10 de marzo de 2015, **RL-42**, párr. 522 (“*el estándar internacional para valorar si una decisión judicial es conforme con la garantía de TJE es la denegación de justicia*”); y *Pawłowski AG y Project Sever s.r.o. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo del 1 de noviembre de 2021, **RL-43**, párrs. 291 y 388 (“*[a]bsent an allegation of denial of justice, the Zoning Plan Change must be deemed properly annulled, and the judgments rendered by the Municipal Court and by the Supreme Administrative Court cannot, and do not, constitute a breach of Article 4 of the BIT*”).

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, 2ª Ed., Oxford University Press, 2017 (extractos), **RL-38**, párrs. 7.17, 7.109; A. Newcombe y L. Paradell, “Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment”, Kluwer, 2009 (extractos), **RL-44**, págs. 350–351.

¹¹⁰ Tratado de Libre Comercio suscrito entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007, **C-1**, art. 12.22.

¹¹¹ Guatemala y Honduras, Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, **C-0001**, art. 12.22.2.

Douglas, “[t]he rationale underpinning the ‘fork in the road’ provision in investment treaties is clearly the avoidance of multiple proceedings in multiple fora in relation to the same investment dispute. In more colloquial terms, it is designed to prevent the investor having several bites at the cherry”¹¹².

81. Para determinar si debe aplicarse la cláusula de elección de vías, múltiples tribunales arbitrales¹¹³ han coincidido en que no es relevante que se cumplan los requisitos del *test* de la triple identidad de la cosa juzgada. Por el contrario, lo que resulta determinante es si las respectivas demandas comparten la misma base fundamental. En palabras del tribunal en el caso *H&H c. Egipto*:

the Tribunal is of the view that the triple identity test is not a relevant test as it would defeat the purpose of Article VII of the US-Egypt BIT, which is to ensure that the same dispute is not litigated before different fora. It would also deprive Article VII from any practical meaning. The Tribunal notes that the triple identity test originates from the doctrine of res judicata. However, investment arbitration proceedings and local court proceedings are often not only based on different causes of action but also involve different parties. [...]

*In the Tribunal’s view, therefore, instead of focusing on whether the causes of actions relied upon in the claims brought to the local courts and the arbitration are identical, one must assess whether the claims share the same fundamental basis*¹¹⁴.

82. En igual sentido se pronunció el árbitro único en el caso *Pantechniki c. Albania*:

*[i]t is common ground that the relevant test is the one expressed by the America-Venezuela Commission in the Woodruff case (1903): whether or not “the fundamental basis of a claim” sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere. This test was revitalised by the ICSID Vivendi annulment decision in 2002. It has been confirmed and applied in many subsequent cases. The key is to assess whether the same dispute has been submitted to both national and international fora*¹¹⁵.

¹¹² Z. Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, British Yearbook of International Law, Vol. 74, No. 1 (2003), **RL-45**, pág. 275.

¹¹³ Ver, por ejemplo, *H&H Enterprises Investment Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo del 6 de mayo de 2014, **RL-46**, párrs. 367 – 368; y *Pantechniki S.A. Contractors c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo del 30 de julio de 2009, **RL-47**, párr. 61.

¹¹⁴ *H&H Enterprises Investment Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo del 6 de mayo de 2014, **RL-46**, párrs. 367 – 368 (el resaltado es nuestro).

¹¹⁵ *Pantechniki S.A. Contractors c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo del 30 de julio de 2009, **RL-47**, párr. 61 (el resaltado es nuestro).

83. La base fundamental de una controversia debe entenderse ampliamente respecto de los hechos que le subyacen y, por ende, no debe limitarse a reclamos legales específicos. Al respecto, el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay* consideró que:

[e]l término ‘controversias’, como es utilizado en el artículo 10(2), debe interpretarse de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos, lo que incluye los reclamos bajo el Tratado específicamente. La diferencia ante los tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) no necesita tener las mismas bases legales o pretensiones que la diferencia sometida al arbitraje posterior, siempre que ambas diferencias se refieran a hechos sustancialmente similares y sean relativas a inversiones con arreglo al TBI¹¹⁶.

84. Antes del inicio de este Arbitraje, las Demandantes iniciaron múltiples procedimientos ante las cortes guatemaltecas respecto de distintas medidas municipales que, según ellas, afectaron el Proyecto. Al haber escogido el foro doméstico para someter estas reclamaciones, las Demandantes no pueden presentar en este arbitraje reclamaciones por las mismas medidas, pues ambas comparten la misma base fundamental. En consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción sobre, al menos, las siguientes cuatro medidas:

85. *En primer lugar*, una de las Medidas del Estado “*objeto de impugnación en el presente arbitraje*”¹¹⁷ es la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada mediante el Acta N° 59-2012 del 18 de diciembre de 2012 del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas. Dicha suspensión, según las Demandantes¹¹⁸, se habría materializado mediante el Acta 71-2019 del 22 de octubre de 2019 del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas que, luego de ser recurrida por TRECSA, fue confirmada por el Acta 88-2019 del 7 de noviembre de 2019 del mismo Concejo¹¹⁹.

86. El 18 de marzo del 2020 (*i.e.*, antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje No. 2, la cual, según las propias Demandantes, se aplica a “*las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017*”¹²⁰), las Demandantes recurrieron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para

¹¹⁶ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de julio de 2013, **RL-48**, párr. 113.

¹¹⁷ Memorial de Demanda, párr. 115.

¹¹⁸ Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, págs. 46 – 47.

¹¹⁹ Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020, **R-1**, págs. 1 – 2 y 5 – 6.

¹²⁰ Solicitud de Arbitraje 2 del 12 de octubre de 2021, párr. 67.

impugnar estas actas¹²¹. En el Apéndice 1 de la Demanda, las Demandantes afirman que TRECSA “*inició en el año 2020 proceso contencioso administrativo en contra del punto de acta 71-2019 y el punto de acta 88-2019 emitidos por el Consejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas*”, el cual, según ellas, “*continúa[] pendiente[] de resolución*”¹²². Esto, sin embargo, es incorrecto, pues la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo desestimó la demanda promovida por TRECSA mediante sentencia del 10 de noviembre de 2022 y, por ende, dicho proceso ha concluido¹²³.

87. Tanto el reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental (*i.e.*, la emisión de las Actas 71-2019 y 88-2019 del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas). Por lo tanto, al haber iniciado un procedimiento ante una corte administrativa para presentar un reclamo contra dichas actas (que ya fue debidamente resuelto por las cortes guatemaltecas), las Demandantes ya eligieron la vía por la cual pretenden resolver sus disputas con el Estado respecto de este asunto y, por ende, no tienen la posibilidad de impugnarlas en este arbitraje conforme al artículo 12.18(5) del Tratado.
88. *En segundo lugar*, una de las Medidas del Estado “*objeto de impugnación en el presente arbitraje*”¹²⁴ es el supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala, la cual se habría materializado mediante el Acta Municipal 51-2019 del 6 de junio de 2019¹²⁵.
89. El 17 de septiembre de 2019 (*i.e.*, antes de la presentación de las Solicitudes de Arbitraje), las Demandantes recurrieron a las cortes domésticas para impugnar dicha acta. Según las Demandantes, en esa fecha, TRECSA “*inició [ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo] un proceso Contencioso Administrativo en contra de la resolución contenida en el punto cuarto (4to), del Acta Número cincuenta y uno guión dos mil diecinueve (51-2019), emitida por el Concejo Municipal de la Municipalidad de Antigua Guatemala, Departamento de*

¹²¹ Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020, **R-1**, pág. 1.

¹²² Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, pág. 47.

¹²³ Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta, Proceso 01190-2020-76 Oficial 3°, Sentencia del 10 de noviembre de 2022, **R-2**, págs. 20 – 21.

¹²⁴ Memorial de Demanda, párr. 115.

¹²⁵ Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, págs. 2 – 3; y FM-A-219, **C-0400/JS-0175**, pág. 10 del PDF.

*Sacatepéquez*¹²⁶. El 1 de febrero de 2022, la Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo desestimó la demanda promovida por TRECESA¹²⁷. El 13 de mayo de 2022, TRECESA presentó un recurso de aclaración y ampliación de la dicha sentencia¹²⁸, el cual aún se encuentra en curso.

90. Tanto el reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental (*i.e.*, la emisión del Acta Municipal 51-2019 del 6 de junio de 2019). Por lo tanto, al haber iniciado un procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para presentar un reclamo contra dicha acta (que ya fue debidamente resuelto por las cortes guatemaltecas), las Demandantes ya eligieron la vía por la cual quieren resolver sus disputas con el Estado respecto de este asunto y, por ende, no tienen la posibilidad de impugnar dicha acta en este arbitraje conforme al artículo 12.18(5) del Tratado.
91. *En tercer lugar*, una de las Medidas del Estado “*objeto de impugnación en el presente arbitraje*”¹²⁹ es el rechazo de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Sumpango, la cual se materializó mediante el Acta Municipal 53-2016 del 1 de septiembre de 2016. Luego de que TRECESA interpusiera un recurso de reposición, dicha acta fue confirmada mediante el Acta Municipal 34-2017 del 25 de mayo de 2017¹³⁰.
92. El 12 de septiembre de 2017 (*i.e.*, antes de la presentación de las Solicitudes de Arbitraje), TRECESA recurrió a las cortes domésticas para controvertir el Acta 34-2017 del 25 de mayo de 2017, iniciando ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “*un proceso contencioso administrativo para buscar la nulidad de la decisión del Concejo Municipal*”¹³¹, el cual aún se encuentra en curso.

¹²⁶ FM-A-219, **C-0400/JS-0175**, pág. 10 del PDF. Ver también Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, pág. 3 y Demanda de TRECESA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019, **R-3**.

¹²⁷ Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sala Quinta, Proceso 01145-2019-295, Oficial 3°, Sentencia del 1 de febrero de 2022, **R-4**.

¹²⁸ Recurso de aclaración y ampliación interpuesto por TRECESA respecto de Sentencia del 1 de febrero de 2022 emitida por Sala Quinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Proceso 01145-2019-00295, Oficial Tercero del 13 de mayo de 2022, **R-5**.

¹²⁹ Memorial de Demanda, párr. 115.

¹³⁰ Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, págs. 28 – 29.

¹³¹ Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, pág. 29. Ver también Obstáculos en Sumpango, **C-0726**, pág. 8. Ver también Demanda de TRECESA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 12 de septiembre de 2017, **R-6**.

93. Tanto el reclamo ante la corte administrativa como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental (*i.e.*, la emisión del Acta Municipal 34-2017 del 25 de mayo de 2017). Por lo tanto, al haber iniciado un procedimiento ante una corte administrativa para presentar un reclamo contra dicha acta, las Demandantes ya eligieron la vía por la cual pretenden resolver sus disputas con el Estado respecto de este asunto y, por ende, no tienen la posibilidad de impugnarla en este arbitraje conforme al artículo 12.18(5) del Tratado.
94. *Por último*, una de las Medidas del Estado “objeto de impugnación en el presente arbitraje”¹³² es la imposición por parte de la Municipalidad de Cantel de criterios supuestamente arbitrarios para el otorgamiento de una licencia de construcción¹³³, lo cual se habría materializado mediante el Acta 38-2011 del 14 de octubre de 2011¹³⁴. Luego de que TRECSA interpusiera un recurso de reposición, dicha acta fue confirmada mediante el Acta 6-2015 del 25 de febrero de 2015¹³⁵.
95. El 25 de junio de 2015 (*i.e.*, antes de la presentación de las Solicitudes de Arbitraje), TRECSA presentó una demanda contencioso-administrativa en contra del Acta 6-2015 de 25 de febrero de 2015¹³⁶, que fue desestimada por la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia del 17 de abril de 2017¹³⁷. TRECSA interpuso ante la Corte Suprema de Justicia un recurso de casación en contra de dicha sentencia, el cual fue desestimado mediante sentencia del 31 de enero de 2018¹³⁸. El 4 de mayo de 2018, TRECSA presentó ante la Corte de Constitucionalidad acción constitucional de amparo en contra de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, que también fue rechazada mediante sentencia del 5 de septiembre de 2019¹³⁹.

¹³² Memorial de Demanda, párr. 115.

¹³³ Medidas Municipales, **Apéndice 1 (Memorial de Demanda)**, pág. 35. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta, Proceso 168-2015 Oficial 2°, Sentencia del 17 de abril de 2017, **R-7**.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente N° 283-2017, Sentencia que resuelve recurso de casación del 31 de enero de 2018, **R-8**, pág. 2.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente N° 283-2017, Sentencia que resuelve recurso de casación del 31 de enero de 2018, **R-8**, pág. 2.

¹³⁶ Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 25 de junio de 2015, **R-9**.

¹³⁷ Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta, Proceso 168-2015 Oficial 2°, Sentencia del 17 de abril de 2017, **R-7**, págs. 19 – 20. Ver también Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente N° 283-2017, Sentencia que resuelve recurso de casación del 31 de enero de 2018, **R-8**, pág. 1.

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente N° 283-2017, Sentencia que resuelve recurso de casación del 31 de enero de 2018, **R-8**, pág. 1.

¹³⁹ Corte de Constitucionalidad, Expediente N° 2051-2018, Sentencia que resuelve recurso de amparo del 5 de septiembre de 2019, **R-10**, pág. 21.

96. Los reclamos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad y este Tribunal parten de la misma base fundamental (*i.e.*, las Actas 38-2011 del 14 de octubre de 2011 y 6-2015 del 25 de febrero de 2015). Por lo tanto, al haber iniciado múltiples procedimientos ante las cortes guatemaltecas para reclamar por la emisión de dichas actas (que ya fueron debidamente resueltos por las cortes guatemaltecas), las Demandantes ya eligieron la vía por la que pretenden resolver sus disputas con el Estado respecto de este asunto y, por ende, no tienen la posibilidad de impugnarlas en este arbitraje conforme al artículo 12.18(5) del Tratado.
97. Por estos motivos, el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos previamente explicados para los cuales las Demandantes ya eligieron acudir ante las cortes domésticas guatemaltecas.
5. **EL TRIBUNAL DEBE INADMITIR LOS RECLAMOS SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARA LOS CUALES LAS DEMANDANTES NO HAN AGOTADO LA VÍA GUBERNATIVA**
98. El artículo 12.18 del Tratado prevé una cláusula escalonada de controversias, cuyo cumplimiento “*es condición indispensable para que un inversionista pueda someter la controversia a un procedimiento de arbitraje*”¹⁴⁰. Al interpretar una cláusula similar contenida en el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 22 de septiembre de 2007, el tribunal en *AFC c. Colombia* explicó que dicha cláusula “*obliga [al inversionista] a un proceso escalonado, progresivo y por etapas, cada uno con una función útil diferente*”¹⁴¹. Este sistema escalonado, según el mismo tribunal, “*otorga la oportunidad a las partes de modular y definir la naturaleza, el alcance y la existencia de una controversia, pero fijando límites temporales a la presentación de la reclamación para evitar así que los Estados queden indefinidamente expuestos a la demanda de un inversionista extranjero*”¹⁴².
99. Dentro de estas etapas, se encuentra, entre otras, aquella prevista en el artículo 12.18.1 del Tratado, el cual prevé que, “[*t*]ratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, ***será indispensable*** agotar previamente la

¹⁴⁰ *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Excepción Preliminar con base en la Regla 41(5), del 24 de febrero de 2022, **RL-49**, párr. 207.

¹⁴¹ *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Excepción Preliminar con base en la Regla 41(5), del 24 de febrero de 2022, **RL-49**, párr. 227. Ver también párr. 205.

¹⁴² *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Excepción Preliminar con base en la Regla 41(5), del 24 de febrero de 2022, **RL-49**, párr. 228 (el resaltado es nuestro).

vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija¹⁴³.

100. Por lo tanto, para que las Demandantes tengan derecho a presentar un reclamo en este arbitraje en contra de un acto administrativo, éstas deben, antes de la presentación de la solicitud de arbitraje¹⁴⁴, agotar la vía gubernativa o administrativa, cuando la legislación guatemalteca así lo exija. De lo contrario, su reclamo es inadmisibles. Las Demandantes, sin embargo, han presentado en este arbitraje reclamos en contra de actos administrativos para los cuales no agotaron la vía administrativa, a pesar de que la legislación guatemalteca así lo requiere.
101. Bajo el derecho guatemalteco, antes de iniciar un proceso contencioso administrativo para impugnar un acto administrativo (es decir, ante las cortes competentes sobre cuestiones administrativas), el accionante debe primero agotar la vía administrativa. Al respecto, el artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto N° 119-96 del Congreso de la República) establece que, *“para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos”*¹⁴⁵. Estos recursos administrativos, según lo dispuesto en el artículo 17 de dicha Ley, son los de revocatoria y reposición (según la autoridad que haya emitido la resolución)¹⁴⁶.

¹⁴³ Guatemala y Honduras, Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, **C-0001**, art. 12.18 (el resaltado es nuestro). Ver también *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Excepción Preliminar con base en la Regla 41(5), del 24 de febrero de 2022, **RL-49**, párr. 205 (*“De la simple lectura del Artículo 10, y la forma en la que está estructurado, es evidente que establece una cláusula de resolución de controversias escalonada. Existe una secuencia normativa en la aplicación escalonada de cada uno de los apartados que prescribe el Artículo 10, a saber: a. Tratándose de actos administrativos, el proceso se inicia en el apartado (1), que requiere el agotamiento de la vía gubernativa cuando la legislación de la Parte así lo exija, antes de poder “someter una reclamación” al foro interno o al arbitraje internacional”*).

¹⁴⁴ Respecto de cuándo se entiende que el inversionista ha sometido una reclamación a arbitraje, como anticipamos en la Sección 2.1 *supra*, ello ocurre el día en que *“la solicitud de arbitraje [...] del demandante: (a) ha sido recibida por el Secretario General del CIADI de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio CIADI [...]”*. Al respecto, el tribunal en *AFC c. Colombia* explicó que *“la reclamación es el acto en virtud del cual el inversionista no sólo expresa que existe una controversia y que, en su opinión, el APPRI ha sido violado, sino que activamente demanda, dependiendo de las circunstancias, que el tribunal competente resuelva la controversia y le otorgue la reparación que el inversionista exige”*. Lo anterior, en el sistema CIADI, se materializa cuando el inversionista presenta *“una solicitud de arbitraje conforme al Artículo 36 del Convenio CIADP”*. Ver *AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/20/16, Laudo sobre la Excepción Preliminar con base en la Regla 41(5), del 24 de febrero de 2022, **RL-49**, párrs. 214 y 231.

¹⁴⁵ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 19.

¹⁴⁶ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 17 (*“Los recursos administrativos de revocatoria y reposición serán los únicos medio de impugnación ordinarios en toda la administración pública centralizada y descentralizada o autónoma. Se exceptúan aquellos casos en que la impugnación de una resolución debe conocerla un Tribunal de Trabajo y Previsión Social”*).

102. *Por un lado*, el recurso de revocatoria está previsto en el artículo 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo y procede contra “*resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma*”¹⁴⁷. En cuanto al plazo y la forma para presentarlo, el mismo artículo establece que el recurrente debe “*interpon[erlo] dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución, en memorial dirigido al órgano administrativo que le hubiere dictado*”¹⁴⁸.
103. *Por otro lado*, el recurso de reposición está contemplado en el artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo y procede contra “*las resoluciones dictadas por los ministerios, y [...] las dictadas por las autoridades administrativas superiores, individuales o colegiadas, de las entidades descentralizadas o autónomas*”¹⁴⁹. Respecto del plazo y la forma de su presentación, el mismo artículo prevé que el recurrente debe interponerlo “*dentro de los cinco días siguientes a la notificación [...] directamente ante la autoridad recurrida*”¹⁵⁰. Además, conforme al artículo 157 del Código Municipal, este recurso también procede “[c]ontra las resoluciones originarias del Concejo Municipal”¹⁵¹, cuya “*interposición, requisitos, plazos, trámite y resolución [...] se regirán por las disposiciones establecidas en la Ley de lo Contencioso Administrativo*”¹⁵², las cuales fueron explicadas *supra*.
104. Como se detalla en el Anexo B de estas Objeciones, a pesar de que la legislación guatemalteca exige el agotamiento de la vía administrativa antes de acudir a la jurisdicción contencioso – administrativa, las Demandantes no agotaron dicha vía para, al menos, 18 actos administrativos que, según ellas, serían violatorios del Tratado y en contra de los cuales procedía el recurso de

¹⁴⁷ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 7 (“*Procede el recurso de revocatoria en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma. Se interpondrá dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución, en memorial dirigido al órgano administrativo que le hubiere dictado*”).

¹⁴⁸ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 7.

¹⁴⁹ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 9 (“*Contra las resoluciones dictadas por los ministerios, y, contra las dictadas por las autoridades administrativas superiores, individuales o colegiadas, de las entidades descentralizadas o autónomas, podrá interponerse recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la notificación. El recurso se interpondrá directamente ante la autoridad recurrida. No cabe este recurso contra las resoluciones del Presidente y Vicepresidente de la República ni contra las resoluciones dictadas en el recurso de revocatoria*”).

¹⁵⁰ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 9.

¹⁵¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto N° 12-2002 (Código Municipal) del 2 de abril de 2002, **R-11**, art. 157 (“*Contra las resoluciones originarias del Concejo Municipal procede el recurso de reposición*”).

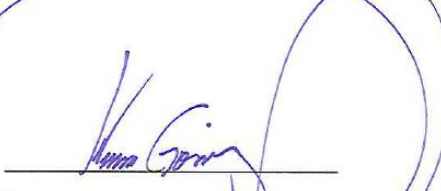
¹⁵² Congreso de la República de Guatemala, Decreto N° 12-2002 (Código Municipal) del 2 de abril de 2002, **R-11**, art. 160 (“*La interposición, requisitos, plazos, trámite y resolución de los medios de impugnación a que se refiere este Capítulo, se regirán por las disposiciones establecidas en la Ley de lo Contencioso Administrativo*”).

reposición. Por estas razones, los reclamos que presentan las Demandantes respecto de dichos actos administrativos son inadmisibles.

6. PETITORIO

105. Por estas razones, Guatemala solicita respetuosamente al Tribunal que:
- a. Conozca y decida las Objeciones presentadas por Guatemala, de conformidad con los artículos 12.23.5 y 12.23.6 del Tratado, y, en consecuencia, adopte el Calendario Procesal No. II, titulado “Escenario con Objeciones Preliminares”, previsto en el Anexo A de la Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 2022;
 - b. Declare que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes descritos en las Secciones 2, 3 y 4 de estas Objeciones;
 - c. Subsidiariamente, declare que los reclamos de las Demandantes descritos en las Secciones 2, 3 y 4 de estas Objeciones son inadmisibles;
 - d. Declare que los reclamos de las Demandantes descritos en la Sección 5 de estas Objeciones son inadmisibles;
 - e. En cualquier evento, de conformidad con el artículo 12.23.7 del Tratado, ordene a las Demandantes reembolsar íntegramente a Guatemala los costos en los que ha incurrido el Estado en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal, desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas y hasta la fecha de su pago efectivo; y
 - f. Ordene cualquier otra medida que el Tribunal estime oportuna y adecuada.
106. De conformidad con el artículo 12.23.5(d) del Tratado, Guatemala se reserva el derecho a complementar y/o formular cualquier objeción con respecto a la competencia de este Tribunal o a cualquier argumento de fondo en el momento procesal oportuno.

Presentado respetuosamente a nombre de Guatemala el 10 de abril de 2023:



Procuraduría General de la
Nación República de Guatemala
Lic. Waelmer Ubener Gómez González
Lic. Mario René Mérida Pichardo
Lic. Julio Eduardo Santiz Gámez



Ministerio de Economía
República de Guatemala
Dr. Janio Moacyr Rosales Alegría
Lcda. María Luisa Flores Villagrán
Lcda. Victoria Elizabeth Meza Cortéz
Lcda. Karla Estefanía Liquez Aldana



Dechert (Paris) LLP
Eduardo Silva Romero
Catalina Echeverri Gallego
Ana María Durán López
Santiago Soto García