

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)

**RÉPLICA SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

17 de julio 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



MINISTERIO DE
ECONOMÍA



22 rue Bayard
5008 Paris, France

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.	LA CONTESTACIÓN SOBRE LAS OBJECIONES CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE VARIOS RECLAMOS QUE HAN PRESCRITO DE CONFORMIDAD CON EL TRATADO.....	8
2.1	Las Demandantes aceptan la interpretación del Estado a la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado	8
2.2	Las Demandantes pretenden escapar a la aplicación y consecuencias de la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado mediante la reformulación artificial de sus reclamos	9
3.	LA CONTESTACIÓN SOBRE LAS OBJECIONES CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS RECLAMOS QUE, DE SER PROBADOS, NO PODRÍAN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN DEL TRATADO	17
3.1	La Contestación sobre las Objeciones confirma que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM.....	20
3.1.1	Contrario a lo que alegan las Demandantes, el hecho de que las medidas del MEM hubieran sido instrumentas a través de actos administrativos no desvirtúa su carácter contractual	22
3.1.2	La Contestación confirma que la mayoría de los reclamos en contra del MEM se reducen a reclamos puramente contractuales	25
3.2	La Contestación sobre las Objeciones confirma que 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.....	37
3.2.1	Contrario a lo que alega la Contestación sobre las Objeciones, las Demandantes no pueden incorporar al Tratado, vía su Cláusula NMF, ninguna de las diez cláusulas paraguas que invocan en la Demanda.....	38
3.2.2	Aun si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas puede ser importada a través de la Cláusula NMF (<i>quod non</i>), las cláusulas paraguas no elevan cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional.....	49
3.2.3	En cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y, por lo tanto, son inadmisibles	54

3.3	La Contestación sobre las Objeciones confirma que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre reclamos en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia	59
4.	LA CONTESTACIÓN SOBRE LAS OBJECIONES CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS QUE LAS DEMANDANTES YA ELIGIERON SOMETER ANTE LOS TRIBUNALES COMPETENTES DE GUATEMALA	66
5.	LA CONTESTACIÓN CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL DEBE INADMITIR LOS RECLAMOS SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARA LOS CUALES LAS DEMANDANTES NO HAN AGOTADO LA VÍA GUBERNATIVA	80
6.	PETITORIO	88

1. De conformidad con el Anexo A de la Resolución Procesal N° 2 del 28 de octubre de 2022, la República de Guatemala (“**Guatemala**” o el “**Estado**”) presenta su Réplica sobre las Objeciones Preliminares (la “**Réplica sobre las Objeciones**”)¹.
2. Junto con su Réplica sobre las Objeciones, Guatemala presenta:
 - a. Las pruebas documentales **R-12 a R-13**; y
 - b. Las pruebas jurídicas **RL-38bis a RL-79**.

1. INTRODUCCIÓN

3. Las Objeciones Preliminares de Guatemala (las “**Objeciones**”) no “*apuntan a la periferia del caso*”², ni a “*hechos periféricos*”³, como alegan incorrectamente las Demandantes. Dichas Objeciones conciernen, directamente, las premisas fundamentales de su caso, y, de ser aceptadas por este Tribunal, reducirían significativamente el alcance de la controversia entre las Partes. Las Demandantes, en definitiva, no tienen un reclamo serio de violación del Tratado y del derecho internacional en contra de Guatemala.
4. Aunque las Demandantes han intentado fabricar la apariencia de un “*‘monstruo’ de conducta estatal*”⁴ (para lo cual no han dudado en acumular comportamientos que, en todo caso, solo podrían dar lugar a reclamos prescritos), lo único que, en realidad, existe en este caso es una disputa contractual entre el MEM y TRECSA bajo el Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras del 22 de febrero de 2010 (el “**Contrato**”). En suma, la disputa surgiría de la frustración de las Demandantes debido a que, según ellas, el MEM se negó injustamente a reconocer los efectos que el supuesto “*catálogo inmenso de injusticias*”⁵ habría tenido sobre el desarrollo de la obra, pese a que, dicen las Demandantes, el Contrato y las Bases de la Licitación (que forman parte del Contrato) les otorgaban ciertos derechos a obtener una compensación por los sobrecostos incurridos en el desarrollo de la obra. Incluso si lo anterior fuera cierto, que no lo es, se trata de

¹ Los términos en mayúscula que no se encuentren expresamente definidos tendrán el significado que Guatemala les ha atribuido en escritos anteriores y, en particular, en su Escrito de Objeciones Preliminares del 10 de abril de 2023.

² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 35.

³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 24.

⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 6.

⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 5.

una disputa que no debe ser resuelta por este Tribunal bajo el derecho internacional, sino que, en estricto Derecho, debe ser resuelta por el juez que las Partes eligieron libremente en el Contrato, y de conformidad con las disposiciones contractuales pertinentes y el Derecho guatemalteco.

5. Conscientes de lo anterior, las Demandantes presentan una serie de argumentos que pretenden (i) limitar artificialmente las facultades del Tribunal bajo el artículo 12.23.5 del Tratado, que le impone la obligación de “*decidir, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como objeciones sobre competencia o admisibilidad*”⁶, (ii) ampliar inaceptablemente el alcance de la jurisdicción del Tribunal bajo el Tratado, y (iii) fabricar una apariencia de excesiva complejidad de su caso con la esperanza de que ello hará dudar al Tribunal al momento de ejercer las facultades que le da el Tratado para velar por que se respete el consentimiento limitado que los Estados contratantes dieron al arbitraje allí previsto⁷.
6. Lo cierto es que la interpretación del artículo 12.23.5 propuesta por las Demandantes es incorrecta. Este Tribunal, cabe resaltar, será el primero en interpretar dicho artículo, y, por lo tanto, debe ser cuidadoso en no adoptar una interpretación que, en la práctica, impediría a cualquiera tribunal hacer un análisis serio para determinar su propia competencia bajo el Tratado. Al respecto, deben hacerse dos aclaraciones:
7. *Por un lado*, los casos que las Demandantes han citado en sustento de su posición confirman que la única limitación del Tribunal, al decidir sobre las Objeciones, es que debe asumir como ciertos los hechos alegados en las Solicitudes de Arbitraje. Esta presunción de veracidad, sin embargo, no se aplica en dos casos:
8. Primero, la presunción mencionada no se aplica a los hechos alegados por el demandante en el trámite de las objeciones preliminares⁸, según lo indicó el tribunal en *Pac Rim c. El Salvador* al

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. 12.23.5.

⁷ Ver, por ejemplo, Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 62 (“*[p]recisamente la complejidad fáctica de esta controversia, así como la multiplicidad de hechos y documentos que las Demandantes han sometido al conocimiento de este Tribunal, confirman la pertinencia de un análisis detallado y completo en la fase de fondo del asunto. En efecto, como se explicó en el Memorial de Demanda, cada Municipalidad involucrada en la obstaculización arbitraria del Proyecto PET tiene su propio expediente detallando una miríada de hechos relevantes, haciéndolas, en términos prácticos, mini-disputas en sí mismas. Esta fase preliminar está lejos de ser adecuada para el ejercicio de indagación, ponderación y adjudicación que la presente controversia requiere*”).

⁸ *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada del 2 de agosto de 2010, CL-132, párr. 90. (“*it is only the notice (or amended notice) of arbitration which benefits from a presumption of truthfulness: **there is to be no assumption of truth as regards factual allegations made elsewhere, for example in other written or oral submissions made by a claimant to the tribunal under the procedure for addressing the respondent’s preliminary objection***”) (el resaltado es nuestro).

interpretar el artículo 10.20.4 del DR-CAFTA⁹ (único caso citado por las Demandantes en el que se interpreta una disposición similar a la que nos ocupa)¹⁰.

9. Segundo, la presunción de veracidad no se aplica a alegaciones jurídicas que el Tribunal deba analizar a efectos de decidir sobre su competencia¹¹. A diferencia de lo que sugieren las Demandantes, dicho análisis jurídico no puede interrumpirse prematuramente porque, simplemente, la respuesta a la cuestión jurídica correspondiente no sea obvia.
10. Al respecto, las Demandantes pretenden generar confusión haciendo referencia a laudos que interpretan la Regla 41(5) del Reglamento de Arbitraje del CIADI, la cual, por obvias razones, no es aplicable a las Objeciones Preliminares presentadas por Guatemala¹². Mientras que la Regla 41(5) exige que se alegue y pruebe la “manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación”, el artículo 12.23.5 del Tratado no contiene la exigencia de alegar y probar un defecto “manifiesto” en la reclamación correspondiente. El término “manifiesto” no aparece en el artículo 12.23.5, pese

⁹ DR-CAFTA (Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana) del 5 de agosto de 2004, **CL-133**, art. 10.20.4 (“4. Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26 [...] (c) Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta) y, en controversias presentadas de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no sea controvertido”).

¹⁰ En *Pac Rim c. El Salvador*, sin embargo, la naturaleza de las objeciones preliminares presentadas por el Estado era distinta de las que se presentan en este arbitraje. Por ejemplo, allí el Tribunal debía decidir, principalmente, si “*como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante*” (ver *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada del 2 de agosto de 2010, **CL-132**, párrs. 244-254). El Estado alegaba, entre otros, que Pac Rim no había aportado prueba suficiente para probar sus reclamos y la inexistencia del derecho a explotación de la concesión correspondiente, objeciones que, para ese tribunal, eran intrínsecas a la cuestión de fondo de la controversia.

¹¹ Por cuestiones jurídicas debe entenderse aquellas exclusivamente de derecho internacional, y también las de derecho doméstico en casos en los que el derecho internacional refiere al derecho doméstico, por ejemplo, porque la existencia de la obligación bajo el derecho internacional debe determinarse de conformidad con el estado de cosas creado por el derecho interno. Corte Internacional de Justicia (CIJ), Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), Opinión Separada del Juez Gaetano Morelli, 5 de febrero de 1970, **RL-50**, págs. 234 y 236. Ver también, Comisión de Derecho Internacional, “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios” (2001), **RL-51**, art. 3 comentario 7.

¹² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 29. Reglamento de Arbitraje del CIADI, Regla 41 (5) (“Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico”) (el resaltado es nuestro).

a que sí se utiliza en otros apartes del Tratado¹³. De hecho, otros tribunales que han debido aplicar disposiciones similares a la que nos ocupa no han dudado en hacer análisis jurídicos profundos sobre cuestiones que “*presented a novel issue of law*” y “*which required considerable analysis to resolve*”¹⁴. Con todo, Guatemala, de conformidad con el Tratado, ha presentado objeciones jurisdiccionales y a la admisibilidad de los reclamos, y no, como pretenden las Demandantes, una “*motion to dismiss*”.

11. *Por otro lado*, Guatemala no disputa que, en esta etapa del procedimiento, no corresponde al Tribunal realizar un análisis sobre el fondo de la controversia, y eso no es lo que está pidiendo el Estado. En este caso, de hecho, el Tribunal no podría juzgar sobre el fondo de la controversia porque, como las Demandantes reconocen, “*la propia Demandada ni siquiera ha presentado su caso sobre el fondo*”¹⁵.
12. El Estado sencillamente solicita que, absteniéndose de juzgar si las Partes han actuado bien o mal, el Tribunal declare que no tiene competencia para hacer tal determinación respecto de una parte importante de la “*conducta municipal*”¹⁶, la “*conducta judicial*”¹⁷, y la “*conducta administrativa*”¹⁸ del Estado reprochada por las Demandantes¹⁹.
13. *En primer lugar*, varios de los reclamos han prescrito de conformidad con el artículo 12.22 del Tratado (**Sección 2**). Cabe resaltar que, tras recibir las Objeciones, las Demandantes renunciaron a algunos reclamos presentados en su Demanda, los cuales presentan ahora, no como violaciones del Tratado, sino como “*antecedentes relevantes*” para resolver la controversia. Aunque Guatemala toma nota y solicita al Tribunal hacer lo propio respecto de dichas renunciaciones, lo cierto es que esta distinción artificial sólo pretende evadir la regla de prescripción, y, en algunos casos,

¹³ 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. 12.28.3 (“*A menos que el Secretario General determine, dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la recepción de una solicitud de conformidad con el párrafo 2, que la misma es manifiestamente infundada, se establecerá un tribunal en virtud de este Artículo*”) (el resaltado es nuestro).

¹⁴ *Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/3, Decisión sobre las objeciones preliminares del 13 de marzo de 2020, **RL-52**, párr. 231.

¹⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 32.

¹⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 22 (primera viñeta).

¹⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 22 (segunda viñeta).

¹⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 22 (tercera viñeta).

¹⁹ El Estado no solicita, como parece sugerir la Demandante, que el Tribunal determine que “*como cuestión de derecho la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el Demandante*”. Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 26.

deja en evidencia que las Demandantes no tienen un reclamo serio en contra del Estado, según se explica en el **Anexo A (actualizado)** a esta Réplica. Guatemala no puede ser obligada a incurrir en costos significativos para defender conductas respecto de las cuales, según lo quisieron las partes del Tratado, el inversionista no puede presentar reclamo alguno por haber operado la prescripción.

14. *En segundo lugar*, las Demandantes presentan reclamos que, incluso de ser probados, no podrían, *prima facie*, constituir una violación del Tratado (**Sección 3**).
15. Primero, como se anticipó, las Demandantes presentan reclamos de naturaleza puramente contractual que, por ello, se encuentran por fuera de la jurisdicción de este Tribunal. Guatemala no solicita al Tribunal que, para hacer esa determinación, haga algún juicio sobre la rectitud de la conducta del Estado o de las Demandantes, sino sólo que corrobore que el MEM actuó, en todo momento, en ejercicio de facultades que tienen origen en el Contrato, y no en ejercicio de sus poderes soberanos. Como lo han explicado los tribunales de inversión, para hacer este análisis, “[e]l hecho de que el [MEM] haya o no actuado de manera arbitraria e injustificada como alegan [las] Demandantes es irrelevante. La gravedad de la conducta no determina su carácter o naturaleza”²⁰.
16. Segundo, las Demandantes solicitan la aplicación de diez cláusulas paraguas contenidas en otros tratados con la intención de convertir al Tribunal en el juez del Contrato. Esta estrategia, sin embargo, debe fracasar, en resumen, porque (i) Guatemala incluyó una reserva expresa en el Tratado que impide a las Demandantes usar la cláusula de la nación más favorecida (“**Cláusula NMF**”) para invocar la aplicación de protecciones incluidas en tratados celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, (ii) si, *par impossible*, el Tribunal decidiera inaplicar dicha reserva, la Cláusula NMF no eleva cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional, y, (iii) en cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos.
17. Tercero, aunque Guatemala no disputa la jurisdicción del Tribunal para pronunciarse sobre reclamos en los que se alegue la ocurrencia de una supuesta denegación de justicia bajo el derecho

²⁰ *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. Ver también, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2016, **CL-047**, párr. 315 (“*un Estado o sus organismos pueden cumplir deficientemente un contrato, pero ello no redundará en un incumplimiento de las disposiciones del tratado, ‘a menos que se pruebe que el Estado o una dependencia de éste ha ido más allá de su función como mera parte en el contrato, y ha ejercido las funciones específicas de un soberano’*”).

internacional, el Tribunal no tiene competencia para revisar la conducta judicial del Estado por algún motivo distinto. El Tribunal no puede actuar como si fuera una corte de apelación del sistema judicial del Estado. El Tribunal, por lo tanto, debe declarar esta limitación al alcance de su jurisdicción, aquí y ahora, para evitar así costos innecesarios al Estado en la defensa de la conducta de su órgano judicial de los innumerables reproches de las Demandantes que no pueden, *prima facie*, constituir una violación del Tratado y el derecho internacional.

18. *En tercer lugar*, las Demandantes pretenden que este Tribunal resuelva nuevamente disputas sobre medidas que ya sometieron a las cortes guatemaltecas, pese a que, de conformidad con el artículo 12.22.1 del Tratado, el Estado limitó su consentimiento al arbitraje a medidas respecto de las cuales no se hubiese iniciado un procedimiento ante un tribunal competente guatemalteco. A diferencia de lo que sugieren las Demandantes, para que opere dicha limitación al consentimiento, no es necesario que el inversionista alegue la violación de una obligación bajo el Tratado en el procedimiento doméstico, sino sólo que las disputas en el foro doméstico y el internacional compartan la misma base fundamental (**Sección 4**).
19. *En cuarto lugar*, pese a que las partes contratantes establecieron, en el artículo 12.18.1 Tratado, que, para someter reclamaciones en contra de actos administrativos, “*será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija*”, las Demandantes pretenden que el Tribunal inaplique esta disposición porque, supuestamente, Guatemala no ejerció su opción de exigir, mediante una ley doméstica, el agotamiento de la vía administrativa antes de acudir a un arbitraje internacional bajo el Tratado. Esta interpretación, según se detallará en este escrito, lleva a resultados absurdos que contradicen el sentido común, la doctrina y el texto del Tratado (**Sección 5**).
20. Dicho lo anterior, Guatemala no pretende que se lleve a cabo un “*mini-trial*” y, por ello, el Tribunal no ha recibido “*evidence from the respondent contradicting the assumed facts alleged*”²¹, ni una solicitud de Guatemala para interrogar en la Audiencia a los testigos y expertos de las Demandantes. Guatemala simplemente quiere evitar el costo de litigar cuestiones que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal y limitar la discusión sólo a aquellos asuntos sobre los que el Tribunal puede pronunciarse.

²¹ *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada del 2 de agosto de 2010, **CL-132**, párr. 112.

21. Por todo lo anterior, Guatemala solicita al Tribunal acoger sus Objeciones, y condenar a las Demandantes a soportar todos los costos ocasionados en esta etapa del procedimiento (**Sección 6**). Al respecto, Guatemala rechaza enérgicamente la sugerencia de las Demandantes de que es el Estado quien debe ser condenado a cubrir dichos costos porque, según ellas, Guatemala ha presentado sus Objeciones con fines únicamente dilatorios, sin considerar su mérito o razonabilidad²². Esta afirmación merece, por el momento, solo dos comentarios:
22. *Por un lado*, el Tratado exige, para una condena en costas al Estado que presenta objeciones preliminares, que se pruebe que se trata de objeciones “*frívolas*”²³, cosa que las Demandantes no han alegado y, mucho menos, demostrado.
23. *Por otro lado*, a diferencia de lo que alegan las Demandantes, el historial de casos de Guatemala demuestra que el Estado ha presentado objeciones a la jurisdicción de los tribunales internacionales que siempre han sido razonables e, incluso, exitosas²⁴. Desafortunadamente, en el pasado, el Estado se ha visto en la obligación de litigar el fondo de un caso antes de que el tribunal llegara a la conclusión, al final, de que carecía de competencia, tal y como el Estado lo había alegado desde el comienzo²⁵.
24. Guatemala espera que, en este caso, el Tribunal aplique de manera estricta los términos del Tratado que, como se explicó en las Objeciones, 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, al establecer, entre otras reglas, estrictos límites al consentimiento del cual depende la existencia de este Tribunal.

²² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 14, 15 y 25.

²³ 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. 12.23.7.

²⁴ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala I*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo del 17 de agosto de 2012, **RL-7** e *Iberdrola Energía, S.A. c. la República de Guatemala II*, Caso CPA No. 2017-41, Laudo del 24 de agosto de 2020, **RL-53**.

²⁵ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala I*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo del 17 de agosto de 2012, **RL-7**.

2. LA CONTESTACIÓN SOBRE LAS OBJECIONES CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE VARIOS RECLAMOS QUE HAN PRESCRITO DE CONFORMIDAD CON EL TRATADO

25. Pese a que las Demandantes aceptan la interpretación realizada por el Estado a la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado (**Sección 2.1**), aquéllas pretenden escapar a su aplicación con una reformulación artificial de sus reclamos (**Sección 2.2**).

2.1 Las Demandantes aceptan la interpretación del Estado a la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado

26. Como explicó el Estado en sus Objeciones, el artículo 12.22.1 del Tratado prevé una regla de prescripción de los reclamos según la cual “[e]l inversionista no podrá presentar 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 [al Capítulo 12 del Tratado], así como de las pérdidas o daños sufridos”²⁶.

27. No está en disputa que, para determinar si los reclamos de las Demandantes están o no prescritos bajo este artículo, el Tribunal debe tener en cuenta dos fechas, esto es, el *dies a quo* y el *dies a quem*:

28. *En primer lugar*, las Demandantes no refutan que el *dies a quo* se activa cuando el inversionista adquiere un conocimiento real (*i.e.*, “*tuvo conocimiento*”) o implícito (*i.e.*, “*debió haber tenido conocimiento*”) de (i) la presunta violación del Capítulo 12 del Tratado y (ii) las pérdidas o daños sufridos, sin que sea necesario “*que la demandante se encuentre en situación de particularizar completamente sus reclamaciones jurídicas [y] tampoco debe determinarse con precisión la cantidad de la pérdida o daño*”²⁷.

²⁶ 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 (el resaltado es nuestro).

²⁷ *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA del 31 de mayo de 2016, **RL-3**, párr. 194. Ver también *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; *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; y *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.

29. *En segundo lugar*, las Partes coinciden en que el *dies ad quem* corresponde a la fecha en que finaliza el cómputo del plazo de prescripción con la presentación de la solicitud de arbitraje ante el Secretario General del CIADI²⁸.
30. Considerando estas fechas, las Demandantes no refutan que:
- a. La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje N° 1 es el 9 de octubre de 2017 (la “**Fecha Crítica N° 1**”). Por lo tanto, las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos antes del 9 de octubre de 2017; y
 - b. La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje N° 2 es el 12 de octubre de 2018 (la “**Fecha Crítica N° 2**”). Dado que, en dicha solicitud de arbitraje, las Demandantes, en sus propias palabras, “*reclaman a Guatemala las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017*”²⁹, éstas 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.

2.2 **Las Demandantes pretenden escapar a la aplicación y consecuencias de la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado mediante la reformulación artificial de sus reclamos**

31. Como explicó el Estado en sus Objeciones³⁰, bajo el estándar explicado en la sección anterior, el Tribunal carece de jurisdicción (i) sobre 36 conductas de autoridades judiciales, administrativas y municipales que, según las Demandantes, constituirían medidas del Estado violatorias del Tratado, y (ii) sobre las reclamaciones que, al “*30 de septiembre de 2017*”, habrían causado a las Demandantes daños y pérdidas de USD 230 millones (de los USD 403 millones – sin intereses – que reclaman en este arbitraje)³¹.
32. Dado que es evidente que **más de la mitad de su reclamo económico ha prescrito**, las Demandantes han intentado minimizar este asunto alegando que (i) 29 de las 36 conductas identificadas por Guatemala ni siquiera corresponden a Medidas del Estado impugnadas en este

²⁸ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 21 y Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 37.

²⁹ Solicitud de Arbitraje 2 del 12 de octubre de 2021, párr. 67.

³⁰ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, Sección 2.2.

³¹ Solicitud de Arbitraje 1 del 9 de octubre de 2020, párr. 57.

arbitraje como violaciones del Tratado, sino que se trata de “*antecedentes*” proporcionados a manera de contexto³², (ii) el Estado identifica incorrectamente la fecha en que comenzó a computarse el plazo de prescripción para las 7 conductas restantes³³, y (iii) el monto de USD 230 millones corresponde a una cuantificación estimativa de los costos y pérdidas incurridos por las Demandantes al 30 de septiembre de 2017, cuando “*el daño a su inversión no se había cristalizado aún*”³⁴.

33. *In limine*, el Estado toma nota de que las Demandantes han renunciado a presentar todo tipo reclamo en este arbitraje por las 29 conductas identificadas por Guatemala que, según lo que alegan ahora, “serían antecedentes proporcionados a manera de contexto”³⁵.
34. En cualquier caso, como explicamos en una nueva columna “Réplica de Guatemala” agregada en el Anexo A, titulado “Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas” (actualizado) (el “**Anexo A (actualizado)**”), es falso que la mayoría de esas conductas no hayan sido – e incluso sigan siendo – calificadas por las Demandantes como Medidas del Estado violatorias del Tratado.
35. En realidad, las Demandantes pretenden reformular artificialmente sus reclamos para escapar a las limitaciones jurisdiccionales que impone el Tratado en materia de prescripción. Dicha reformulación, que corrobora la frivolidad de los reclamos de las Demandantes, debe ser rechazada por el Tribunal. Al respecto, el tribunal en *Ríos c. Chile* explicó recientemente que “el tribunal puede [...] revisar la caracterización de los Demandantes en cuanto a la naturaleza simple, compuesta o continua de las violaciones alegadas y los efectos de esa caracterización sobre la prescripción. De lo contrario, un demandante podría caracterizar su reclamación de forma tal que los requisitos jurisdiccionales del Tratado serían obviados”³⁶.
36. Como podrá ver el Tribunal en el Anexo A (actualizado), producto de la artificial reformulación de sus reclamos, cuyo propósito es evadir su prescripción, las Demandantes no sólo han renunciado a 29 de los 36 reclamos que estarían prescritos, sino que también:

³² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 40, viñeta 1.

³³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 40, viñeta 3.

³⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 40, viñeta 2.

³⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 40, viñeta 1.

³⁶ *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. 172.

- a. Renunciaron a su reclamo respecto de la supuesta omisión del MEM de realizar las consultas indígenas ordenadas en las Sentencias N° 5711-2013 y N° 1798-2015³⁷; y
- b. No presentan reclamo alguno respecto de las siguientes Municipalidades: (i) Santo Tomás Chichicastenango, (ii) Salcajá, (iii) Cantel, (iv) Santa Eulalia, (v) Olintepeque, (vi) Santa Cruz Barillas, (vii) San Francisco el Alto, (viii) Gualán, y (ix) San Cristóbal Totonicapán³⁸.
37. Hecha esta aclaración, contrario a lo que alegan las Demandantes, (i) los reclamos basados en las violaciones que surgen de las 7 conductas restantes han prescrito³⁹, y (ii) el Tribunal carece de jurisdicción sobre las supuestas violaciones del Tratado que, “*al 30 de septiembre de 2017*”, habrían causado a las Demandantes daños y pérdidas por USD 230 millones.
38. *En primer lugar*, han prescrito los reclamos relativos a violaciones que surgen de (i) la supuesta omisión del MEM de realizar y completar las consultas indígenas en San Andrés Xecul y Santa Catarina Ixtahuacán, (ii) el supuesto rechazo arbitrario de la Policía Nacional Civil (la “PNC”) de brindar protección policial ante actos violentos contra TRECESA, y (iii) la conducta de las Municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá, y Cantel.
39. De entrada, es, por decir lo menos, sorprendente que las Demandantes refuten la prescripción de las conductas del MEM y las Municipalidades⁴⁰. Como puede verse en el Anexo A (actualizado), las Demandantes califican dichas conductas de “Antecedentes Relevantes” y no de “Medidas del Estado Concretas”⁴¹. Puesto que estos “Antecedentes Relevantes”, según las Demandantes, “*son distintos de la ocurrencia de una violación y de la producción de pérdidas o daños relacionados*”⁴², **éstas aceptan que dichas conductas no han violado el Tratado**. El Estado, en cualquier caso, se reserva todos sus derechos en caso de que las Demandantes cambien

³⁷ Anexo A (actualizado) de la Réplica sobre Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 3 y 4.

³⁸ Anexo A (actualizado) de la Réplica sobre Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 16, 17, 18, 19, 20, 30, 32, 33, y 35.

³⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 40, viñeta 3.

⁴⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Sección IV(A).

⁴¹ Anexo A (actualizado) de la Réplica sobre Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 3, 4.

⁴² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 41.

abusivamente la calificación de estas conductas a fin de “que los requisitos jurisdiccionales del Tratado se[an] obviados”⁴³.

40. En cualquier caso, independientemente de que las Demandantes califiquen estos hechos de “*Antecedentes Relevantes*” o “*Medidas del Estado Concretas*”, no es cierto que “*Guatemala calcul[er] erróneamente la fecha de inicio del plazo de prescripción*”⁴⁴. Los reclamos que de allí se derivan han prescrito.
41. Primero, como explicó el Estado en las Objeciones⁴⁵, las fechas en las que ocurrió la supuesta violación por parte del MEM de su obligación de “*realizar [...] o siquiera poner[] en marcha*”⁴⁶ las consultas indígenas ordenadas en las Sentencias N° 5711-2013 (en San Andrés Xecul) y N° 1798-2015 (en Santa Catarina Ixtahuacán) son el 15 de febrero de 2017 y el 21 de junio de 2017, respectivamente (**ambas previas a la Fecha Crítica N° 1**).
42. *Por un lado*, como consecuencia de lo ordenado en la Sentencia N° 5711-2013, el MEM debía, según las Demandantes, “*gestionar e iniciar el proceso consultivo [...], a más tardar, el 15 de febrero de 2017*”⁴⁷. Sin embargo, el MEM, alegan las Demandantes, omitió su obligación de “*realizar las consultas ordenadas por la Corte de Constitucionalidad, o siquiera ponerlas en marcha*”⁴⁸ para esa fecha. Por lo tanto, a más tardar el 15 de febrero de 2017, las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento de la violación alegada y de las pérdidas o daños sufridos⁴⁹.
43. Ante esta realidad, las Demandantes, una vez más, pretenden, con un juego de palabras, escapar a la regla de prescripción prevista en el Tratado. Las Demandantes ahora alegan que la obligación impuesta al MEM por la Sentencia N° 5711-2013 “consistía en iniciar las gestiones para llevar a cabo las referidas consultas, no así ‘realizarlas’ o mucho menos culminarlas, como afirma

⁴³ *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. 172.

⁴⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 8.

⁴⁵ Anexo A de las Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 3 y 4, 16, 17, 18, 19, y 20.

⁴⁶ Memorial de Demanda, párr. 354.

⁴⁷ Memorial de Demanda, párr. 363 (el resaltado es nuestro).

⁴⁸ Memorial de Demanda, párr. 364. Ver también párrs. 105, 354 y 409.

⁴⁹ Como explicamos en el Anexo A (actualizado) (numeral 3), las Demandantes tuvieron conocimiento o debieron tener conocimiento de las pérdidas o daños sufridos a más tardar, “el 30 de septiembre de 2017”, fecha para la cual, según las Demandantes, el “valor estimado [...] en daños y pérdidas” por los hechos ocurridos hasta la fecha era de “US\$ 230 millones”. Ver Solicitud de Arbitraje No. 1 del 9 de octubre de 2020, **C-14**, párr. 57.

Guatemala”⁵⁰. Esto, sin embargo, es irrelevante, pues lo que reclaman las Demandantes es que el MEM incumplió su obligación de “realizar las consultas ordenadas por la Corte de Constitucionalidad, o siquiera ponerlas en marcha”⁵¹. Dado que, según las Demandantes, el MEM debía iniciar la consulta indígena, a más tardar, el 15 de febrero de 2017, esta es la fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de la prescripción del reclamo de esta supuesta violación⁵².

44. *Por otro lado*, respecto de la omisión del MEM de poner en marcha y realizar las consultas ordenadas por la Corte de Constitucionalidad en la Sentencia N° 1798-2015, las Demandantes repiten *mutatis mutandis* los argumentos presentados respecto de la consulta ordenada por la Sentencia N° 5711-2013⁵³.
45. En este caso, según las Demandantes, el MEM debía “gestionar e iniciar con el proceso consultivo [...], a más tardar, el 21 de junio de 2017”⁵⁴. Por lo tanto, a más tardar en esa fecha, las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento de la violación alegada y de las pérdidas o daños sufridos⁵⁵, según lo explicado en los párrafos precedentes respecto la Sentencia N° 5711-2013.
46. Segundo, no es cierto que Guatemala “tuerza” la fecha crítica aplicable al reclamo por el supuesto rechazo de la PNC de brindar protección policial ante actos violentos en contra de TRECSA y su personal⁵⁶. Quienes pretenden “torcer” los plazos de prescripción y sus propios reclamos son las Demandantes.
47. En concreto, las Demandantes critican al Estado el hecho de que la fecha crítica aplicable al reclamo relativo a la conducta de la PNC se establezca con referencia a la presentación de la Solicitud de Arbitraje N° 2 (*i.e.*, la Fecha Crítica N° 2 del 12 de octubre de 2018), en lugar de la

⁵⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 55 (el resaltado es nuestro).

⁵¹ Memorial de Demanda, párr. 364. Ver también párrs. 105, 354 y 409.

⁵² Contrario a lo que pretenden las Demandantes (Contestación sobre las Objeciones, párrs. 56-57), los hechos posteriores al 15 de febrero de 2017 son irrelevantes para para efectos de la prescripción del reclamo de esta supuesta violación.

⁵³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 55.

⁵⁴ Memorial de Demanda, párr. 363 (el resaltado es nuestro).

⁵⁵ Como explicamos en el Anexo A (numeral 4), las Demandantes tuvieron conocimiento o debieron tener conocimiento de las pérdidas o daños sufridos a más tardar, “el 30 de septiembre de 2017”, fecha para la cual, según las Demandantes, el “valor estimado [...] en daños y pérdidas” por los hechos ocurridos hasta la fecha era de “US\$ 230 millones”. Ver Solicitud de Arbitraje No. 1 del 9 de octubre de 2020, C-14, párr. 57.

⁵⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 58-62.

Solicitud de Arbitraje N° 1 (*i.e.*, la Fecha Crítica N° 1 del 9 de octubre de 2017)⁵⁷. Las Demandantes, sin embargo, no pueden reprochar al Estado no aplicar una fecha crítica que les permita ampliar artificialmente el plazo de prescripción aplicable a estos reclamos, cuando son ellas mismas quienes definieron el alcance de sus Solicitudes de Arbitraje.

48. En la Solicitud de Arbitraje N° 2, las Demandantes alegan que “**reclaman a Guatemala las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017**”⁵⁸ y la supuesta falta de auxilio por parte de la PNC se habría dado en diciembre de 2017. La conducta de la PNC, por lo tanto, estaría cubierta por la Solicitud de Arbitraje N° 2 y le sería aplicable la Fecha Crítica N° 2. Siendo así, no debería estar en disputa que las reclamaciones relativas a la conducta de la PNC han prescrito: las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje N° 2 el 12 de octubre de 2021, esto es, aproximadamente 11 meses después de la fecha crítica aplicable a cualquier reclamo derivado de dicha conducta (*i.e.*, diciembre de 2020).
49. Por lo demás, las Demandantes se refieren a dos conductas aisladas de la PNC de diciembre de 2018 y diciembre de 2019⁵⁹ que son irrelevantes para efectos de la prescripción de la supuesta la supuesta falta de auxilio por parte de la PNC de diciembre de 2017.
50. Tercero, las Demandantes sostienen – vagamente – que, “*en cuanto a las Municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá, y Cantel, las medidas violatorias del Tratado se cristalizaron en meses posteriores a los indicados por la Demandada*”⁶⁰.
51. De entrada, como anticipamos *supra*, las Demandantes califican las conductas de estos municipios como “*Antecedentes Relevantes*” y, por ende, ni siquiera han identificado las

⁵⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 58.

⁵⁸ Solicitud de Arbitraje 2 del 12 de octubre de 2021, párr. 67 (“*De este modo, la Solicitud de Arbitraje No. 1 y la presente Solicitud de Arbitraje parten de hechos y circunstancias en común. En particular, las Demandantes reclaman a través de la Solicitud de Arbitraje No. 1 la imposición de la Tercera Modificación del Contrato formalizada el 19 de octubre de 2017, por la cual se privó a las Inversionistas de la compensación a la que el Estado se había comprometido con la celebración del Contrato, entre otras arbitrariedades. Por medio de la presente Solicitud de Arbitraje, las Demandantes reclaman a Guatemala las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017 por las que el Estado ha obstaculizado la finalización del Proyecto y la recuperación de los enormes sobre costos incurridos por las Inversionistas a consecuencia de dichos retrasos*”). Contrario a lo que ahora alegan las Demandantes en el párrafo 59 de su Contestación sobre las Objeciones Preliminares, el objeto de cada una de las solicitudes de arbitraje no es “*amplia*”, sino bastante específica.

⁵⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 60-61.

⁶⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 62.

supuestas medidas violatorias cometidas por estas Municipalidades. Y esto es por la sencilla razón de que no existen.

52. En cualquier caso, incluso si se aceptara que las Demandantes han identificado dichas medidas (*quod non*), éstas no han demostrado – y es su carga de la prueba⁶¹ – que dichas medidas se hubiesen cristalizado “*en meses posteriores a los indicados por la Demandada*”⁶². Ante la explicación detallada del Estado de por qué dichas conductas, de ser consideradas violatorias del Tratado, estarían prescritas⁶³, las Demandantes no han explicado – y mucho menos – demostrado lo contrario.
53. *En segundo lugar*, no está en disputa que, en la Solicitud de Arbitraje N° 1, las Demandantes 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 a sus promesas y obligaciones*” tenían “*un valor estimado y sujeto a actualización de US\$ 230 millones a los Inversionistas*”⁶⁴.
54. La consecuencia de lo anterior es bastante sencilla: dado que – y esto no lo disputan las Demandantes – el Tribunal “*no [tiene] competencia para otorgar indemnizaciones pecuniarias sino con respecto de una violación que ha acaecido en el marco de su jurisdicción*”⁶⁵, éste no tiene jurisdicción para otorgar la indemnización de USD 230 millones que las Demandantes reclaman por violaciones supuestamente acaecidas al 30 de septiembre de 2017.

⁶¹ *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo del 6 de mayo de 2013, **RL-6**, párr. 179.

⁶² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 62.

⁶³ Anexo A (actualizado) de la Réplica sobre Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 16, 17, 18, 19 y 20.

⁶⁴ 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).

⁶⁵ | *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)

55. En vista de que esto es fatal para el caso de las Demandantes (pues **más de la mitad de su reclamo económico ha prescrito**), éstas alegan que, a septiembre de 2017, **“el daño a su inversión no se había cristalizado aún, pues las Demandantes mantenían la expectativa legítima de que Guatemala respetaría los compromisos y garantías específicas que ella misma otorgó [...] en relación a la compensación de los montos adicionales en los que incurriera durante el Proyecto”**⁶⁶. Una vez más, las Demandantes pretenden acomodar sus reclamos para escapar a la regla de jurisdicción prevista en el Tratado. Esto es inaceptable.
56. En la Solicitud de Arbitraje N° 1, las Demandantes alegaron expresamente que *“Guatemala incumplió las promesas y garantías otorgadas a las Demandantes”*⁶⁷, lo cual, según ellas, constituyó un incumplimiento de sus obligaciones bajo el Tratado⁶⁸. Producto de estas violaciones, *“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**”*⁶⁹.
57. Como puede verse, en la Solicitud de Arbitraje N° 1, las Demandantes identificaron las medidas que habrían causado el incumplimiento del Tratado y cuantificaron los daños supuestamente derivados de dicho incumplimiento a septiembre de 2017. Por lo tanto, es claro que, para ese momento, las Demandantes sí consideraban que se había *“cristalizado”* un daño a su inversión e incluso habían cuantificado el daño, independientemente de lo que ocurriera después con el ajuste del Canon Anual. Por lo tanto, el hecho de que, para esa fecha, las Demandantes supuestamente *“conservaran la expectativa legítima de que el Estado actuaría de conformidad con las garantías específicas otorgadas al momento de la inversión, y compensaría a las Demandantes por éstos y otros montos adicionales incurridos dentro del ámbito de dichas garantías”*⁷⁰ es irrelevante.
58. Por estas razones, la Contestación sobre las Objeciones confirma que varios de los reclamos de las Demandantes y más de la mitad de los daños que solicita en este arbitraje están por fuera de la jurisdicción del Tribunal.

⁶⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 40 (viñeta 2).

⁶⁷ Solicitud de Arbitraje 1 del 9 de octubre de 2020, Sección IV(B).

⁶⁸ Solicitud de Arbitraje 1 del 9 de octubre de 2020, Sección V.

⁶⁹ Solicitud de Arbitraje 1 del 9 de octubre de 2020, párr. 57.

⁷⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 48.

3. LA CONTESTACIÓN SOBRE LAS OBJECIONES CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS RECLAMOS QUE, DE SER PROBADOS, NO PODRÍAN CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN DEL TRATADO

59. Aparte de establecer un término de prescripción, no está en disputa que el artículo 12.18.4 del Tratado limita la jurisdicción del Tribunal a violaciones de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado: “*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 incumplido 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”⁷¹.*
60. 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. En palabras del tribunal en *Iberdrola c. Guatemala I*, “*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*”⁷².
61. Si bien las Demandantes reconocen la existencia y aplicabilidad del test *prima facie* y que el mismo es relevante para el análisis de la jurisdicción del Tribunal⁷³, las Demandantes intentan, infructuosamente, restringir el alcance de este test bajo el derecho internacional. En resumen, las Demandantes alegan que, al aplicar el test *prima facie*, el Tribunal tiene que tomar como cierta la calificación que haga la demandante de la conducta Estado (*i.e.*, asumir que se trata de una

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**, art. 12.18.4.

⁷² *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 y 68.

⁷³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 65.

conducta soberana del Estado)⁷⁴, así como su interpretación de los estándares jurídicos aplicables al caso. Esto no es cierto.

62. Al respecto, es necesario tres comentarios preliminares:
63. *En primer lugar*, la jurisprudencia internacional es clara en que la sola calificación de los reclamos hecha por la demandante (*i.e.*, como reclamos bajo el Tratado) es irrelevante para el análisis de la jurisdicción del Tribunal⁷⁵. Como explicó, el tribunal en *Glencore c. Colombia I*, “*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*”⁷⁶. De lo contrario, el análisis de la jurisdicción del Tribunal “*se reduciría a la nada y los tribunales estarían desprovistos de la compétence de la compétence de que gozan en virtud del Artículo 41 (1) del Convenio del CIADI*”⁷⁷.
64. *En segundo lugar*, el test *prima facie* necesariamente implica un análisis jurídico del estándar jurídico aplicable a los hechos planteados por la demandante para determinar si esos hechos podrían violar la norma invocada. Como lo explicó la Juez Rosalyn Higgins en su opinión separada en el caso *Oil Platforms*, el análisis jurisdiccional “*cannot be done on an impressionistic basis*”⁷⁸. En palabras de la juez Higgins, este Tribunal “*can only determine whether there is a dispute regarding the interpretation and application of the [...] Treaty [...] by interpreting the*

⁷⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Sección IB.B.1.b (“*En fase jurisdiccional, los tribunales no necesitan confirmar si existe un acto soberano*”).

⁷⁵ *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 (“*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*”) (el resaltado es nuestro); *Pan American Energy LLC y otros c. República Argentina*, Casos CIADI No. ARB/03/13 & ARB/04/8, Decisión sobre las Excepciones Preliminares del 27 de julio de 2006, **RL-54**, párr. 50 (“*un demandante debería demostrar que prima facie sus reclamaciones encuadran en las disposiciones pertinentes del TBI a los fines de justificar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal (pero no a los fines de acreditar que las reclamaciones están bien fundadas). Al respecto, las calificaciones no bastan. Ello se debe a que si todo fuera a depender de caracterizaciones efectuadas tan sólo por el demandante, la pregunta acerca de la jurisdicción y la competencia se reduciría a la nada y los tribunales estarían desprovistos de la compétence de la compétence de que gozan en virtud del Artículo 41 (1) del Convenio del CIADI*”) (el resaltado es nuestro).

⁷⁶ *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, citando *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.

⁷⁷ *Pan American Energy LLC y otros c. República Argentina*, Casos CIADI No. ARB/03/13 & ARB/04/8, Decisión sobre las Excepciones Preliminares del 27 de julio de 2006, **RL-54**, párr. 50 (el resaltado es nuestro).

⁷⁸ *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América) (Objeción Preliminar)*, Caso CIJ, Sentencia del 12 diciembre 1996, Opinión Separada de la Juez Higgins, **RL-55**, párr. 29.

*articles which are said by [the Claimants] to have been violated by [Guatemala's conduct]. It must bring a detailed analysis to bear*⁷⁹.

65. *En tercer lugar*, numerosos tribunales de inversión han, en efecto, adoptado este mismo enfoque al analizar si los hechos planteados por la demandante, aun de ser probados, podrían constituir una violación del tratado⁸⁰. Esta fue la situación, por ejemplo, en *Telenor c. Hungría*, en donde el tribunal determinó, a propósito del test *prima facie*, que “[t]he onus is on the Claimant to show that what is alleged to constitute expropriation is at least capable of doing so”⁸¹. Para estos efectos, el tribunal no sólo analizó los criterios jurídicos para determinar la existencia o no de una expropiación bajo el derecho internacional⁸², de cara a los hechos planteados por la demandante, sino que también consideró apropiado examinar “*the various types of conduct that have been held by tribunals in earlier cases to constitute expropriation and use these as a benchmark against which to measure Telenor's case*”⁸³.
66. En este caso, y según se detalla en las siguientes secciones, el Tribunal deberá concluir que los hechos alegados por las Demandantes, aun de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado ni del derecho internacional.
67. En efecto, la Contestación sobre las Objeciones 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**) que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal, incluso como supuestas violaciones de las cláusulas paraguas de otros tratados (**Sección 3.2**).

⁷⁹ *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América) (Objeción Preliminar)*, Caso CIJ, Sentencia del 12 diciembre 1996, Opinión Separada de la Juez Higgins, **RL-55**, párr. 29.

⁸⁰ *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. 163-174 (el tribunal concluyó que la cláusula paraguas, consagrada en el Artículo 11 del respectivo tratado, no transformaba los reclamos contractuales en reclamos bajo el Tratado, tras realizar un análisis jurídico del contenido y los efectos de dicho estándar); *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. 371 (el tribunal determinó que no tenía jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de la Demandante, independientes de una denegación de justicia, tras concluir que: “[s]i la situación es la descrita en los párrafos anteriores y la interpretación del órgano regulador fue respaldada por los tribunales locales, para que este Tribunal pudiera resolver el presente proceso la Demandante tendría que haber demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el Tratado”).

⁸¹ *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo del 13 septiembre 2006, **RL-12**, párr. 68.

⁸² *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo del 13 septiembre 2006, **RL-12**, párrs. 63-67, 69 y 70.

⁸³ *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo del 13 septiembre 2006, **RL-12**, párr. 69.

Además, las Demandantes insisten en 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 La Contestación sobre las Objeciones confirma que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM

68. Es un principio ampliamente reconocido por tribunales de inversión, y no negado por las Demandantes, que, en presencia de reclamos puramente contractuales, los tribunales deben respetar el foro libremente escogido por las partes en el contrato⁸⁴. En palabras del tribunal en *Abaclat c. Argentina*: “*con respecto a una reclamación basada en un TBI, un tribunal arbitral carece de jurisdicción cuando esa reclamación es puramente contractual, pues el TBI no ha sido concebido para corregir o sustituir reparaciones contractuales ni, en especial, como sustituto de procedimientos judiciales o arbitrales que surjan de reclamaciones contractuales*”⁸⁵.
69. En este caso, como explicó el Estado en el Escrito de Objeciones Preliminares⁸⁶, la mayoría de los reclamos de las Demandantes en contra del MEM se reducen a reclamos puramente contractuales que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal. Estos reclamos incluyen:
- la supuesta “*imposición arbitraria de nuevos términos*” a través de la Resolución 2017-1515 del 14 de septiembre de 2017 (la “**Resolución 2017-1515**”);
 - la supuesta “[*d*]eterminación arbitraria de supuesto incumplimiento” a través de la Resolución 770-2018 del 13 de abril de 2018 (la “**Resolución 770-2018**”).
 - la supuesta “[*i*]mplementación arbitraria del procedimiento de ajuste del Canon Anual”; y
 - La supuesta “[*e*]liminación arbitraria del derecho a obtener compensación por Obras excluidas” a través de la Resolución No. 214-2021 del 19 de febrero de 2012 (la “**Resolución No. 214-2021**”).

⁸⁴ *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 (“*This distinction is relevant since it is generally admitted, as also acknowledged in the Abaclat case, that in regard to a BIT claim an arbitral tribunal has no jurisdiction where the claim at stake is a pure contract claim [...] Within the context of claims arising from a contractual relationship, the tribunal’s jurisdiction in relation to BIT claims is in principle only given where, in addition to the alleged breach of contract, the Host State further breaches obligations it undertook under a relevant treaty*”). 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.

⁸⁵ *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 (el resaltado es nuestro).

⁸⁶ Escrito de Objeciones Preliminares del Estado, Sección 3.1.

70. En su Contestación, las Demandantes insisten en que sus reclamos no son meramente contractuales, sino que son reclamos bajo el Tratado. Para estos efectos, las Demandantes dedican toda una sección de su Contestación a las Objeciones a explicar cuestiones irrelevantes, *e.g.*, que (i) una medida puede involucrar cuestiones contractuales y, por ello, no deja de ser un incumplimiento a un tratado, y que (ii) una medida puede constituir una violación a un compromiso contractual y, al mismo tiempo, a una obligación internacional⁸⁷.
71. Independientemente de que esto sea cierto o no, lo relevante, en este caso, es determinar de qué forma puede establecerse si estamos frente a una disputa que sólo involucra cuestiones contractuales, pues, es en dichas circunstancias que el Tribunal carece de jurisdicción⁸⁸.
72. *In limine*, como explicó el Estado en la sección *supra*, para determinar si una disputa se encuentra dentro de la jurisdicción del Tribunal, no basta con que las Demandantes repitan, una y otra vez, que sus reclamos están basados en el Tratado (y no en el Contrato). La sola calificación que hagan las Demandantes de sus reclamos es irrelevante para el análisis de la jurisdicción del Tribunal⁸⁹.
73. 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 alegar⁹⁰) que las medidas del Estado que le causaron el supuesto perjuicio “*appear to derive from the exercise of its sovereign power*”⁹¹. En otras palabras, que el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas “*are totally foreign to the contract*”⁹². De lo contrario, la disputa con el Estado debe resolverse en

⁸⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Sección IV.B.1.a.

⁸⁸ *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 (“*This distinction is relevant since it is generally admitted, as also acknowledged in the Abaclat case, that in regard to a BIT claim an arbitral tribunal has no jurisdiction where the claim at stake is a pure contract claim [...] Within the context of claims arising from a contractual relationship, the tribunal’s jurisdiction in relation to BIT claims is in principle only given where, in addition to the alleged breach of contract, the Host State further breaches obligations it undertook under a relevant treaty*”) (el resaltado es nuestro)

⁸⁹ Ver Sección 3, *supra*. Ver también, *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.

⁹⁰ *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*”).

⁹¹ *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, 321, 323-325.

⁹² *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

el foro elegido por las partes en el Contrato. Las Demandantes no han cumplido (y no podrían cumplir) con su carga de la prueba⁹³.

74. Como se explica en las siguientes secciones, la mayoría de las medidas del MEM que están en disputa en este caso podrían haber sido adoptadas por cualquier parte contractual (**Sección 3.1.2**). Contrario a lo que alegan las Demandantes, el hecho de que dichas medidas hubieran sido instrumentadas a través de actos administrativos no desvirtúa su carácter contractual (**Sección 3.1.1**).

3.1.1 Contrario a lo que alegan las Demandantes, el hecho de que las medidas del MEM hubieran sido instrumentadas a través de actos administrativos no desvirtúa su carácter contractual

75. De entrada, las Demandantes alegan que todos y cada uno de los actos del MEM que están en disputa en este caso serían *per se* actos soberanos por dos razones; (i) porque todos y cada uno de los actos del MEM habrían sido emitidos en ejercicio de facultades soberanas, y (ii) porque todos y cada uno de dichos actos habrían sido instrumentados a través de actos administrativos, propios del poder soberano estatal⁹⁴. Ninguno de estos argumentos puede prosperar.
76. *En primer lugar*, contrario a lo que sugieren las Demandantes, el hecho de que las Resoluciones del MEM citen como fundamento no sólo las disposiciones del Contrato, sino también las normas generales que regulan la actuación del MEM, no implica que la actuación de este último sea *per se* soberana.
77. De hecho, la posición de las Demandantes ignora que, por definición, la función pública se rige por el principio de legalidad. Esto significa que la actividad de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de funciones y atribuciones que expresamente le asigna la

CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, **RL-14**, párrs. 316, 318, 321 y 323-325.

⁹³ En su Contestación a las Objeciones, las Demandantes alegaron que, en fase de jurisdicción, los tribunales “*se limitan a establecer si las conductas que se atribuyen al Estado – las cuales deben ser tomadas como ciertas – podrían constituir una violación del Tratado, ya sean actos de imperio o no*” (párr. 79). Esta afirmación amerita dos aclaraciones. **Primero**, aun si fueran tomadas como ciertas, las medidas que no son actos imperio simplemente no “*podrían constituir una violación de tratado*”. **Segundo**, y como consecuencia de lo anterior, tanto en el caso de *Ambiente Ufficio* como *Abaclat*, los tribunales analizaron si las medidas impugnadas, en efecto, provenían de los poderes soberanos del Estado para poder determinar si tenían jurisdicción (*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; *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, 321, 323-325).

⁹⁴ Ver, por ejemplo, Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 123, 130, 131, 135, 136, 139, 140 y 143.

Constitución y la ley⁹⁵. En palabras de la Corte de Constitucionalidad, “todo actuar de la administración pública que incida sobre los derechos de un particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. [A] un funcionario público solamente le está permitido realizar lo que una disposición normativa expresa le autoriza a hacer, y le está prohibido, todo lo no expresamente autorizado”⁹⁶.

78. Cabe destacar que el principio de legalidad se aplica no sólo a las actuaciones soberanas de la Administración (*i.e.*, en ejercicio del *ius imperium*), sino también a las actuaciones contractuales. De hecho, las entidades públicas (como el MEM) no pueden celebrar y ejecutar contratos por fuera de las facultades generales que les otorga la ley⁹⁷. Por consiguiente, no es extraño que, en los distintos actos de ejecución del Contrato, el MEM haga también referencia a las normas constitucionales y legales que lo autorizan a actuar en proyectos de esta naturaleza.
79. *En segundo lugar*, contrario a lo que sugieren las Demandantes, el hecho de las decisiones del MEM fueran plasmadas en resoluciones, sujetas a recurso de reposición, tampoco desvirtúa la naturaleza contractual de los actos del MEM.
80. Primero, según las mismas fuentes jurídicas de las Demandantes, los actos de la Administración son simplemente la forma en la que ésta expresa su voluntad. Dichos actos pueden calificarse en “*actos de autoridad o imperio y actos de gestión*”⁹⁸. Los actos de autoridad o imperio son los que “*tienen carácter imperativo y emanan unilateralmente del Estado, en cumplimiento de sus funciones jurídicas esenciales que, por ser necesarias, deben realizarse imperativamente*”⁹⁹, y los actos de gestión son los actos que la Administración desarrolla en ejercicio de las relaciones contractuales con privados¹⁰⁰.
81. Ahora bien, el hecho de que los actos de gestión se emitan en el marco de dichas relaciones contractuales no significa que dejen de ser actos de la Administración. Como explica la doctrina,

⁹⁵ Corte de Constitucionalidad. Sentencia del 26 de mayo de 2016. Expediente 5332-2015, **C-0544**, págs. 11-13.

⁹⁶ Corte de Constitucionalidad. Sentencia del 26 de mayo de 2016. Expediente 5332-2015, **C-0544**, págs. 11-13.

⁹⁷ En sentencia del 5 de junio de 2015, por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad concluyó que la autoridad impugnada (la Dirección General de Caminos) había violado el principio de legalidad y actuado por fuera de su competencia “*al no contar con el sustento jurídico de mérito para conocer sobre un proyecto relacionado con materia de electricidad, autorizarlo y suscribir un convenio*”. Ver, Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 2561-2014, Sentencia del 5 de junio de 2015, **R-12**, pág. 10.

⁹⁸ Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo, **C-751**, pág. 203.

⁹⁹ Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo, **C-751**, pág. 204.

¹⁰⁰ Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo, **C-751**, pág. 204.

el régimen jurídico interno de dichos actos sigue siendo administrativo y, para ciertos aspectos, siguen estando subordinados al derecho público¹⁰¹.

82. Segundo, las Demandantes no han presentado un solo laudo de inversión que indique que los actos de la Administración serían actos soberanos simplemente porque fueron “instrumentalizados” mediante resoluciones sujetas a recurso de reposición (lo cual es entendible). Si la teoría de las Demandantes fuera aceptada, se llegaría a resultados absurdos: el ejercicio de una prerrogativa contractual podría ser considerado como un acto soberano (y no contractual) simplemente porque, en el papel, la respectiva entidad pública decidió ejercer dicha prerrogativa a través de una resolución administrativa.
83. Para evitar este tipo de resultados, la jurisprudencia y doctrina internacional han sido claras en que, para determinar si un acto del Estado es soberano, lo importante es determinar si se trata “*de medidas que sólo el Estado podría haber tomado y no podrían haber sido replicadas por cualquier contraparte contractual ordinaria*”¹⁰². En otras palabras, **si se trata de medidas que son completamente ajenas al contrato**¹⁰³ y que, por lo tanto, no podrían ser impugnadas en el foro contractual¹⁰⁴.
84. Este último punto fue explicado por el Profesor Douglas en términos sencillos y claros: “*an exclusive jurisdiction clause or arbitration clause in a State contract cannot apply ratione materiae to a claim that the State has abused its sovereign powers by acting outside the legal framework for the contractual relationship. It is no longer a dispute arising out of the contract and its governing law: **the essence of the claim is precisely that the State has undermined the contractual bargain from outside the contractual realm***”¹⁰⁵. Según el Profesor Douglas, es en estas circunstancias donde el derecho internacional tiene que intervenir “*precisely because the*

¹⁰¹ Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo, C-751, pág. 204.

¹⁰² *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. 259. Ver Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 6 (explicando que la pregunta crucial es: “*could the act in question have equally been adopted by the private party to the contract or does the act rest upon the exercise of sovereign power only available to a State organ?*”).

¹⁰³ *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, 321, 323-325.

¹⁰⁴ *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. 259. Ver también Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 5.

¹⁰⁵ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 5.

*aggrieved private contracting party is unlikely to have any contractual remedy if the State has used its sovereign powers to modify the applicable law or abrogate the private party's benefits under the contract*¹⁰⁶.

85. Como se explica en la siguiente sección, nada de esto ocurre en este caso. Notoriamente, las Demandantes ni siquiera han alegado que las decisiones del MEM que están en disputa en este caso estén por fuera de la competencia del juez del contrato.

3.1.2 La Contestación confirma que la mayoría de los reclamos en contra del MEM se reducen a reclamos puramente contractuales

86. Como explicó el Estado en las Objeciones, la gran mayoría de los reclamos de las Demandantes en contra del MEM se refieren a conductas que podría haber adoptado cualquier parte contractual¹⁰⁷. Las Demandantes no han podido probar lo contrario (ni siquiera bajo un estándar *prima facie*).

87. *En primer lugar*, contrario a lo que alegan las Demandantes¹⁰⁸, la Resolución No. 2017-1515 (que aprueba la Tercera Modificación del Contrato) no fue emitida en virtud de alguna facultad soberana del MEM.

88. La Resolución 2017-1515 fue emitida en virtud de la Cláusula Décima Primera del Contrato¹⁰⁹, la cual, según las mismas Demandantes, *“otorga a TRECSA el derecho de solicitar la modificación del Programa de Ejecución de Obras como consecuencia de eventos de Fuerza*

¹⁰⁶ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 5.

¹⁰⁷ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 41.

¹⁰⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 123.

¹⁰⁹ 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 periodo de tiempo mutuamente acordado por el Adjudicado y el Ministerio, que no exceda el periodo 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 [...]”*).

Mayor o Caso Fortuito”¹¹⁰. Sobra decir que, si dicha cláusula otorga el derecho a TRECSEA de presentar una solicitud de modificación como consecuencia de eventos de fuerza mayor y caso fortuito, también le otorga al MEM la facultad y obligación de pronunciarse sobre la solicitud de modificación en los términos establecidos en dicha cláusula.

89. Conscientes de lo anterior, las Demandantes alegan que no existe “*disposición contractual alguna [...] que autorice al MEM a modificar unilateralmente los términos del Contrato, y mucho menos [...] desconocer [los] derechos adquiridos de TRECSEA*”¹¹¹. Por consiguiente, las Demandantes alegan que, “*similar a lo ocurrido en Siemens y Abaclat, el MEM [habría salido] de su rol como mera parte contractual al imponer a las Demandantes la aceptación de nuevos términos que cambiaron la ecuación económica del Proyecto sin fundamento en el Contrato*”¹¹². Esto es falso.
90. De entrada, las Demandantes omiten mencionar que, en los casos *Siemens* y *Abaclat* (ambos contra Argentina), el Estado interfirió en la relación contractual a través de mecanismos ajenos al Contrato. Mientras que, en *Siemens*, el Estado invocó el derecho de solicitar modificaciones al contrato bajo el derecho administrativo general¹¹³, en *Abaclat*, el Estado pretendió excusar el incumplimiento de sus obligaciones de pago bajo el Contrato mediante una Ley de Emergencia¹¹⁴. Nada similar ocurrió en este caso.
91. Primero, como reconocen las mismas Demandantes, la Resolución No. 2017-1515 fue emitida en el marco de los procedimientos establecidos en el Contrato para modificar el Programa de Ejecución de Obras como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito (y, de hecho, fue emitida en respuesta a una solicitud de modificación de parte de TRECSEA).
92. Segundo, contrario a lo que ocurrió en *Siemens*, el MEM, en ningún momento, usó su poder soberano para forzar la imposición de los supuestos nuevos términos del Contrato. Las Demandantes tenían el derecho de aceptar o rechazar la modificación del Contrato en los términos aprobados por el MEM. En este caso, por cuestiones de negocio, decidieron aceptar la

¹¹⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 121.

¹¹¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 121.

¹¹² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 123.

¹¹³ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, **CL-105**, párr. 259.

¹¹⁴ *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. 321, 323 y 324.

modificación en estos términos y suscribir la correspondiente escritura pública¹¹⁵. La declaración testimonial del Sr. Mauricio Pablo Acevedo es reveladora a este respecto: “[l]as consecuencias de no obtener la prórroga del Programa de Ejecución de Obras eran muy onerosas para TRECOSA [...]. [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”¹¹⁶.

93. En realidad, las Demandantes afirman que el Estado abusó de su poder soberano y forzó a las Demandantes a aceptar los términos de la Tercera Modificación del Contrato, simplemente, porque, mediante la Resolución SG-PROVI-2017-3549, “el MEM *‘apercibió’* a TRECOSA para que *‘en un plazo de dos... días improrrogables’* presentara *‘la escritura pública en los términos y condiciones de la minuta que les fue notificada y aprobada por [el] Ministerio’* [...]”¹¹⁷. Según las Demandantes, el “apercibimiento” “*es propio del ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana*”¹¹⁸ (i.e., “*una intimación que advierte de las consecuencias punitivas que acarrea su incumplimiento*”¹¹⁹). Por consiguiente, al “apercibir” a TRECOSA, las Demandantes alegan que el MEM la habría amenazado con “*aplicar una sanción no convenida contractualmente, sino en ejercicio de sus atribuciones soberanas*”¹²⁰. Este argumento carece de mérito.
94. *Por un lado*, las Demandantes no han citado una sola fuente jurídica que indique que el uso del término “apercibir” (en este caso, por parte del MEM) implique necesariamente el “*ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana*”¹²¹. El verbo “apercibir”

¹¹⁵ 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**.

¹¹⁶ Declaración Testimonial - Mauricio Acevedo Arredondo, párrs. 44 y 45.

¹¹⁷ Memorial de Demanda, párr. 225, citando MEM, Resolución No. 3549 del 11 de octubre de 2017, **C-0143**. Ver también, Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 122.

¹¹⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 122.

¹¹⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, nota al pie 241.

¹²⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, . 123.

¹²¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 122. En la nota al pie 241, las Demandantes hacen referencia al Manual de Derecho Administrativo de Eric Meza (C-751). Sin embargo, el extracto presentado por las Demandantes en ningún momento se refiere a las supuestas consecuencias jurídicas del verbo “apercibir”.

simplemente significa “[h]acer saber a la persona [...] requerida, las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas”¹²².

95. Por otro lado, las Demandantes ni siquiera indican cuál habría sido la supuesta “sanción no convenida contractualmente, sino en ejercicio de sus atribuciones soberanas”¹²³ con la que el MEM supuestamente habría amenazado a TRECSA para que firmara la Tercera Modificación del Contrato. No lo hacen porque no existe. La Resolución SG-PROVI-2017-3549 simplemente informaba a TRECSA que si no presentaba “la escritura pública en los términos y condiciones de la minuta que les fue notificada y aprobada por [el] Ministerio”, éste último no “podr[i]a acceder al otorgamiento de... la Modificación del Programa de Ejecución de Obras y el Plazo Contractual solicitado”¹²⁴.
96. Como explicó el Estado en las Objeciones, **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**. El hecho de que dichas exigencias hubiesen sido arbitrarias o abusivas, como alegan las Demandantes (*quod non*), es irrelevante. Como explicó el tribunal en el caso *los Ríos c. Chile* (citado en las Objeciones e ignorado por las Demandantes), “[l]a gravedad de la conducta no determina su carácter o naturaleza”¹²⁵.
97. 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 contractual e, incluso, si existió algún vicio que hubiera podido afectar el consentimiento de TRECSA al momento firmar la Tercera Modificación del Contrato¹²⁶.

¹²² RAE, definición del verbo “apercibir”, **RL-57**.

¹²³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 123.

¹²⁴ Demanda, párr. 225, citando MEM, Resolución No. 3549 del 11 de octubre de 2017, **C-0143**. Ver también, Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 122.

¹²⁵ *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.

¹²⁶ 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*”).

98. En segundo lugar, contrario a lo que alegan las Demandantes, la Resolución 770-2018 (mediante la cual se declara el “incumplimiento de un hito contractual en relación con el Lote A”) no fue emitida “en ejercicio de las funciones que le otorga [la ley de Guatemala]”¹²⁷. El MEM emitió la **Resolución 770-2018** en ejercicio de las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Novena del Contrato¹²⁸, la cual regula los procedimientos en caso de incumplimientos por parte de TRECSA: “[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 a satisfacción del MINISTERIO que materialmente no es posible repararlo dentro del tal plazo, si esto ocurriera [...]”¹²⁹.

99. El texto de la Resolución no admite duda al respecto:

*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 [...]*¹³⁰.

100. Conscientes de lo anterior, las Demandantes alegan que “la cuestión de si una conducta concreta supone la violación del Tratado, no se determina preguntándose simplemente si dicha conducta implica el ejercicio de derechos contractuales”¹³¹. Esto es falso.

diplomática, en lo relacionado con la aplicación, interpretación, ejecución y terminación por cualquier causa de este Contrato”) (el resaltado es nuestro).

¹²⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 126.

¹²⁸ MEM, Resolución No. 770-2018 del 13 de abril de 2018, C-0152, págs. 2 y 3.

¹²⁹ 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 (el resaltado es nuestro).

¹³⁰ MEM, Resolución No. 770-2018 del 13 de abril de 2018, C-0152, pág. 110 (el resaltado es nuestro).

¹³¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 125.

101. Las mismas fuentes jurídicas de las Demandantes confirman que las medidas que son adoptadas por el Estado en ejercicio de sus prerrogativas contractuales, por definición, son medidas contractuales, no soberanas. Así lo confirma, por ejemplo, el tribunal en *Convial c. Perú*, citado por las Demandantes¹³², el cual concluyó que la conducta del Estado era contractual, precisamente, porque correspondía al ejercicio de una prerrogativa contractual prevista en el Contrato¹³³.
102. Como argumento subsidiario, las Demandantes alegan que, “*en el caso de la Resolución No. 770-2018 [...], el MEM utilizó disposiciones contractuales a su conveniencia para amenazar con la imposición de sanciones previstas en la ley guatemalteca*”¹³⁴. Sin embargo, este argumento no es más que una lectura amañada de la Resolución.
103. El propósito de la Resolución 770-2018, como reconocieron las Demandantes en la Demanda, era simplemente declarar el “*incumplimiento de un hito contractual en relación con el Lote A*”¹³⁵, de conformidad con lo dispuesto la Cláusula Décima Novena del Contrato. De hecho, el reclamo principal de las Demandantes en contra de esta Resolución es que el MEM habría supuestamente actuado de forma arbitraria al declarar dicho incumplimiento¹³⁶.
104. Por si esto fuera poco, la supuesta “amenaza” no es más que el cumplimiento de las disposiciones del Contrato (acordadas por el MEM y TRECSA). De nuevo, así lo confirma el mismo texto de la Resolución 770-2018. En particular, el MEM ordena que, “[*d*]e conformidad con lo estipulado

¹³² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 75, 82, 113, 115, 123, 126, 129 y 131.

¹³³ *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final del 21 de mayo de 2013, **CL-143**, párr. 527 (“*el Tribunal encuentra que la prerrogativa de declarar la caducidad nació de la voluntad de las partes contratantes quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, negociaron y acordaron cuáles serían las causales para declarar la caducidad del Contrato. De lo anterior se deriva que la MPC contaba con la prerrogativa de declarar la caducidad por la única razón de que las partes así lo habían acordado. En consecuencia, la facultad de la MPC de declarar la caducidad provino del concurso de voluntades de los contratantes, esto es, del Contrato, y no de la voluntad soberana del Estado*”). En su Contestación, las Demandantes sugieren que la decisión del Comité de Anulación en *Vivendi I c. Argentina*, confirmaría que las conductas en “*ejercicio de derechos contractuales*” pueden igual constituir una violación del Tratado (párr. 125). Esto no es cierto. Lo único que indican las referencias citadas por el Comité de Anulación es que una violación de un contrato puede constituir una violación de un tratado si hay un “*elemento adicional*” que pueda dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Ver *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación del 3 de julio de 2002, **CL-148**, párr. 110, nota al pie 78.

¹³⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 126.

¹³⁵ Memorial de Demanda, párrs. 105 y 409 (explicando que una de las medidas impugnadas es la “[*d*]eterminación arbitraria de supuesto incumplimiento” a través de la Resolución 770-2018).

¹³⁶ Memorial de Demanda, párr. 236 (explicando que 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*”. En particular, “(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”).

en la cláusula DÉCIMA CUARTA del Contrato, [se remita] una copia certificada del presente expediente a la [CNEE], para que la misma determine si corresponde la aplicación de sanción a [TRECOSA], en virtud del incumplimiento que en la presente se ha determinado”¹³⁷. A su vez, la Cláusula Décima Cuarta del Contrato dispone que, “[s]i el adjudicado incumpliera alguna de las disposiciones o condiciones contenidas en la Ley, Reglamento, y/o el presente Contrato, durante la operación comercial de las Obras de Transmisión, LA COMISION, queda facultada a imponer las multas expresadas conforme el procedimiento establecido en los artículos ciento quince (115) y ciento dieciséis (116) del Reglamento, y no eximen a EL ADJUDICADO de cualquier otra responsabilidad que tuviera con EL MINISTERIO o con terceros, de acuerdo con las Leyes Aplicables”. En otras palabras, el MEM remitió el expediente a la CNEE para que analizara la procedencia de las citadas sanciones simplemente porque así lo previeron las partes en el Contrato, no porque el MEM hubiere abusado de algún poder soberano. Por lo demás, no sobra decir que las Demandantes ni siquiera afirman que la CNEE en efecto les hubiera impuesto dichas sanciones.

105. *En tercer lugar, contrario a lo que alegan las Demandantes, no es cierto que el MEM hubiese rechazado las solicitudes de ajustes del canon anual en ejercicio de sus funciones soberanas. De hecho, ninguna de las normas de carácter general, citadas en las Resoluciones (y, a su vez, citadas en la Contestación a las Objeciones), otorga al MEM la facultad específica de pronunciarse sobre las solicitudes de ajuste de los contratistas¹³⁸.*

¹³⁷ MEM, Resolución No. 770-2018 del 13 de abril de 2018, **C-0152**, pág. 111.

¹³⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 130, citando MEM, Resolución No. 1198 sobre Ajuste del Valor del Canon Anual por Costos y Gastos Adicionales derivados de Fuerza Mayor del 26 de julio de 2021 (C-159), pág. 4, la cual, a su vez, cita: Congreso de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, **C-0006**, arts. 28, 152 y 154; Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114- 97 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0562**, arts. 2 (Competencia del Organismo Ejecutivo), 4 (Principios que rigen la función administrativa), 20 (Ministros de Estado), 22 (Actuación Ministerial) y 27 literal m) y q) (Atribuciones Generales de los Ministros.); Congreso de la República de Guatemala, Decreto 93-96, Ley General de Electricidad del 16 de octubre de 1996, **C-0012/LC-0035**, art. 3 (Responsables de su Aplicación); Reglamento Organico Interno Ministerio Energía y Minas Acuerdo Gubernativo 382-2006, **R-13**, art. 3 (Autoridades Superiores) y 6 literal b (Funciones y Atribuciones de la Secretaría General). Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 135, citando MEM, Resolución No. 921-2020 del 28 de julio de 2020 (notificada a TRECOSA el 22 de junio de 2022) (C-176), pág. 6, la cual, a su vez, cita Congreso de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, **C-0006**, arts. 28, 29, 121, 125, 129, 152 y 154; Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114- 97 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0562**, arts. 2 (Competencia del Organismo Ejecutivo), 4 (Principios que rigen la función administrativa), 20 (Ministros de Estado), 22 (Actuación Ministerial) y 34 (Ministerio de Energía y Minas); Congreso de la República de Guatemala, Decreto 93-96, Ley General de Electricidad del 16 de octubre de 1996, **C-0012/LC-0035**, art. 3; Congreso de la República de Guatemala, Decreto Gubernativo 256-97, Reglamento de la Ley General de Electricidad, **C-0014/LC-0036**, art. 3 (Responsables de su Aplicación); y Reglamento Organico Interno Ministerio Energía y Minas Acuerdo Gubernativo 382-2006, **R-13**, arts. 4 literal h) (Funciones y Atribuciones del Ministerio) y 6 literal b) (Funciones y Atribuciones de la Secretaría General).

106. El MEM tramitó y resolvió las solicitudes de ajuste porque el Contrato le otorga a TRECSA el derecho de presentar dichas solicitudes y porque, a su vez, le otorga al MEM la facultad y obligación de pronunciarse sobre ellas. El texto del Contrato (y las Bases de Licitación) es claro:
- a. Respecto de 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 adicionales”¹³⁹;
 - b. Respecto de 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 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”¹⁴⁰; y
 - c. Respecto de 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”¹⁴¹.
107. Conscientes de lo anterior, las Demandantes alegan que, en este caso, el MEM habría actuado más allá de su rol como parte contractual porque rechazó las solicitudes de TRECSA (i) mediante

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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”).

¹⁴¹ 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.

procedimientos administrativos arbitrarios¹⁴² y (ii) con base en argumentos ajenos al Contrato¹⁴³ (incluso, con base en argumentos de carácter político¹⁴⁴). Estos argumentos no pueden prosperar.

108. Primero, las Demandantes no refutan que el procedimiento para que el MEM se pronuncie sobre los mayores costos incurridos por el adjudicado en la constitución de servidumbres se encuentra regulado en el artículo 5.10 de las Bases de Licitación (las cuales hacen parte integral del Contrato¹⁴⁵). Por consiguiente, no debería estar en disputa que cualquier reclamo relacionado con el incumplimiento de dicho procedimiento constituye un reclamo puramente contractual¹⁴⁶.
109. En lo que respecta al procedimiento de ajuste del canon por eventos de fuerza mayor y la aplicación de la correspondiente tasa de actualización, las Demandantes afirman que dicho procedimiento no está regulado en el Contrato, sino en el Acuerdo Ministerial 348-2013, el cual supuestamente constituiría un “*acto soberano emitido por el MEM en ejercicio de las funciones que le confieren las leyes guatemaltecas*”¹⁴⁷. Por consiguiente, según las Demandantes, cualquier violación de dicho acuerdo constituiría un acto soberano del Estado (incluida la supuesta violación “[d]el derecho y el procedimiento para la aplicación de la tasa de actualización del 7% real anual a los ajustes del Canon”¹⁴⁸). Esto no es cierto.
110. De entrada, las mismas Demandantes alegaron en la Demanda que “*el derecho [...] para la aplicación de la tasa de actualización del 7% real anual a los ajustes del Canon por Fuerza Mayor o Caso Fortuito*”¹⁴⁹ proviene de las Bases de Licitación – y no de un instrumento soberano

¹⁴² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 133, 137 y 140.

¹⁴³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 131, 132 y 136.

¹⁴⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 133 y 137.

¹⁴⁵ 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).

¹⁴⁶ *Convia! Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final del 21 de mayo de 2013, **CL-143**, párr. 542 (explicando que la supuesta violación del procedimiento previsto en un contrato es también un incumplimiento contractual).

¹⁴⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 129.

¹⁴⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 139.

¹⁴⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 139.

del Estado¹⁵⁰. El hecho de que el Acuerdo Ministerial 348-2013, en sus palabras, “*confirm[e]*”¹⁵¹ esta regla es irrelevante. Cualquier disputa relacionada con la aplicación de la tasa de actualización es un reclamo contractual.

111. En cualquier caso, y contrario a lo que afirman las Demandantes¹⁵², el Acuerdo Ministerial No. 348-2013 no fue emitido por el MEM en ejercicio de funciones soberanas (ajenas al Contrato). De hecho, ninguna de las leyes y reglamentos citados en el Acuerdo Ministerial (y que, a su vez, las Demandantes citan en la Demanda) autoriza al MEM a regular el procedimiento de ajuste del canon del Contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito¹⁵³.
112. Por el contrario, tal y como se evidencia en el texto mismo del Acuerdo Ministerial No. 348-2013, el Acuerdo tiene su origen en las prerrogativas contractuales consagradas en la Cláusula Décima Primera del Contrato¹⁵⁴ y, por consiguiente, sólo se aplica “*durante la vigencia del Programa de*

¹⁵⁰ Demanda, párr. 335 (“*durante el proceso de Licitación el Estado otorgó garantías específicas respecto del costo de la inversión para el Proyecto PET, que abarcaban también la tasa de actualización que debería aplicarse en caso de un ajuste del Canon Anual, para asegurar la rentabilidad de dicho ajuste en el tiempo. En específico, el numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación 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’. Esta garantía fue confirmada por el MEM en el Acuerdo Ministerial de 2013, el cual establecía en su Artículo 3 que, ‘para el cálculo de la anualidad del total de los costos y gastos procedentes, el ajuste del valor del Canon Anual considerará una tasa de actualización del 7% real anual’*”) (el resaltado es nuestro).

¹⁵¹ Demanda, párr. 335 (“*durante el proceso de Licitación el Estado otorgó garantías específicas respecto del costo de la inversión para el Proyecto PET, que abarcaban también la tasa de actualización que debería aplicarse en caso de un ajuste del Canon Anual, para asegurar la rentabilidad de dicho ajuste en el tiempo. En específico, el numeral 5.10.3 de las Bases de Licitación 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’. Esta garantía fue confirmada por el MEM en el Acuerdo Ministerial de 2013, el cual establecía en su Artículo 3 que, ‘para el cálculo de la anualidad del total de los costos y gastos procedentes, el ajuste del valor del Canon Anual considerará una tasa de actualización del 7% real anual’*”) (el resaltado es nuestro).

¹⁵² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 129.

¹⁵³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 129, citando MEM, Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013, **C-0096/LC-0013**, el cual a su vez cita: Congreso de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, **C-0006**, art. 194(f) (Funciones del Ministro); Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0562**, arts. 22 (Actuación Ministerial) y 27 literal m) (Atribuciones Generales de los Ministros); y Reglamento Organico Interno Ministerio Energía y Minas Acuerdo Gubernativo 382-2006, **R-13**, arts. 4 literal g) (Funciones y Atribuciones del Ministro) y 6 literal b) (Funciones y Atribuciones de la Secretaría General).

¹⁵⁴ MEM, Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013, **C-0096/LC-0013**, pág. 1 (de hecho, el Acuerdo Ministerial contiene tan sólo los siguientes dos Considerandos: “*CONSIDERANDO Que como resultado del Proceso de Licitación Abierta para la prestación del Servicio de Transporte de Energía Eléctrica por el Valor del Canon Anual, el Ministerio de Energía y Minas y la entidad Transportadora de Energía de Centroamérica, Sociedad Anónima suscribieron el contrato de autorización de ejecución de las obras de transmisión de los lotes A, B, C, D, E, y F, contenido en la escritura pública número seis autorizada el veintidós de febrero de dos mil diez ante los oficios del Notario Alfonso Novales Aguirre. CONSIDERANDO Que en la cláusula décima primera del referido Contrato se pactó que la calificación de fuerza mayor o caso fortuito podría generar gastos y costos adicionales, los que al estar plenamente justificados provocarían ajustes en el valor del canon anual, sin que en ese instrumento público se haya establecido el procedimiento necesario para el efecto*”) (el resaltado es nuestro).

Ejecución de Obras”¹⁵⁵. Si la Cláusula Décima Primera del Contrato no hubiera establecido que el MEM “*se pronunciará sobre los gastos y costos adicionales en que haya incurrido*” el adjudicado (como consecuencia de eventos de fuerza mayor), el MEM no habría tenido facultad alguna para regular el procedimiento relativo a dichos gastos y costos y, mucho menos, para pronunciarse sobre cada una de las solicitudes de ajuste de TRECSA. De hecho, no existe una sola ley o decreto que otorgue al MEM, específicamente, la facultad de regular el procedimiento aplicable a las solicitudes de ajuste del canon anual de los adjudicados en proyectos de transporte de energía eléctrica.

113. Tercero, las Demandantes no están de acuerdo con los argumentos del MEM para rechazar los ajustes solicitados bajo las cláusulas Quinta y Décima Primera del Contrato, pero ello no significa que el MEM haya actuado por fuera del Contrato. El hecho de que las Demandantes consideren que algunos de dichos argumentos no estaban en realidad justificados bajo el Contrato o, incluso, que eran de carácter político, no cambia esta conclusión. Como explicó el tribunal en los *Ríos c. Chile*, “[l]a existencia o no de motivos fundados” para rechazar una solicitud bajo el Contrato “*conciene la interpretación de los Contratos*”¹⁵⁶. Adicionalmente, “[e]l hecho de que el [MEM] haya o no actuado de manera arbitraria e injustificada como alegan l[as] Demandantes es irrelevante. La gravedad de la conducta no determina su carácter o naturaleza”¹⁵⁷.
114. *Por último*, contrario a lo que alegan las Demandantes¹⁵⁸, la Resolución No. 214-2021 (que aprueba la cuarta modificación del Contrato) no fue emitida en virtud de alguna facultad soberana del MEM. La Resolución 2017-1515 fue emitida en virtud de la Cláusula Décima Primera del Contrato¹⁵⁹, la cual (i) “*otorga a TRECSA el derecho de solicitar la modificación del Programa*

¹⁵⁵ MEM, Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013, **C-0096/LC-0013**, art. 6.

¹⁵⁶ *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.

¹⁵⁷ *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. Ver también, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2016, **CL-047**, párr. 315 (“*a State or its instrumentalities may perform a contract badly, but this will not result in a breach of treaty provisions, unless it be proved that the state or its emanation has gone beyond its role as a mere party to the contract, and has exercised the specific functions of a sovereign*”).

¹⁵⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 143.

¹⁵⁹ 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 Ejecución de Obras como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito*¹⁶⁰; y, a su vez, (ii) le otorga al MEM la obligación de pronunciarse sobre dichas solicitudes.

115. Conscientes de lo anterior, las Demandantes alegan que no existe ninguna disposición contractual “que le permita al MEM exigir a TRECSA la renuncia de Obras paralizadas como consecuencia de las acciones de sus propias municipalidades, y mucho menos a cancelar retroactiva y arbitrariamente, en una resolución administrativa, la compensación por los costos y gastos adicionales incurridos por dicha paralización”¹⁶¹. Por consiguiente, las Demandantes alegan que “[e]l MEM sobrepasó su rol como mera parte contractual al exigir a las Demandantes la aceptación de nuevos términos que cambiaron la ecuación económica del Proyecto, sin fundamento en disposición contractual alguna”¹⁶². Estas afirmaciones ameritan tres aclaraciones:
116. Primero, el MEM, en ningún momento, exigió que las Demandantes renunciaran a las obras paralizadas. Tal y como confirman las mismas pruebas de las Demandantes, fueron ellas las que sugirieron al MEM eliminar ciertas obras del Contrato, dado que, por eventos de fuerza mayor, no podrían ser finalizadas¹⁶³.
117. Segundo, al igual que las modificaciones consagradas en la Tercera Modificación al Contrato, el MEM, en ningún momento, exigió a las Demandantes, en ejercicio de sus poderes soberanos, “la aceptación de nuevos términos que [supuestamente] cambiaron la ecuación económica del Proyecto”¹⁶⁴. Todo lo contrario. Fue TRECSA la que decidió aceptar dichas modificaciones al momento de suscribir la escritura pública que formalizó la Cuarta Modificación¹⁶⁵. Si las Demandantes consideraban que los términos del MEM no eran aceptables, bien habrían podido

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. [...]”.

¹⁶⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 143.

¹⁶¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 143.

¹⁶² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 143.

¹⁶³ Ver, por ejemplo, TRECSA, Memorial Presentando Alternativas para el Proyecto PET, C-0691, págs. 18, 19, y 23.

¹⁶⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, . 143.

¹⁶⁵ Cuarta Modificación del Contrato (Escritura) del 13 de mayo de 2021, C-0082/JS-0010/LC-0006.

abstenerse de suscribir la Cuarta Modificación del Contrato y someter su inconformidad al juez del Contrato.

118. De nuevo, 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. El hecho de que dichas exigencias hubiesen sido arbitrarias o abusivas, como alegan las Demandantes (*quod non*), no cambia la naturaleza contractual de MEM¹⁶⁶.
119. Lo anterior confirma que el Tribunal debe declarar que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos contractuales en contra de la conducta del MEM.

3.2 La Contestación sobre las Objeciones confirma que 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

120. Consciente de la naturaleza contractual de sus reclamos, las Demandantes alegan que el Estado “violó las cláusulas paraguas contenidas en [diez] tratados¹⁶⁷ e incorporadas al Tratado mediante su Artículo 12.6¹⁶⁸ al incumplir los compromisos asumidos con TRECSA”¹⁶⁹ bajo (i) la LGE y el Reglamento de la LGE¹⁷⁰, y (ii) el Contrato¹⁷¹.
121. 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. Como se explicó en las Objeciones y se reitera en este escrito, las Demandantes no pueden incorporar al

¹⁶⁶ *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.

¹⁶⁷ Memorial de Demanda, párr. 519.

¹⁶⁸ 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”).

¹⁶⁹ Memorial de Demanda, párr. 519.

¹⁷⁰ Memorial de Demanda, párr. 520.

¹⁷¹ Memorial de Demanda, párr. 521.

Tratado las cláusulas paraguas que invocan (**Sección 3.2.1**) y, además, dichas cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual a un reclamo internacional (**Sección 3.2.2**). En cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Guatemala, por lo cual son inadmisibles (**Sección 3.2.3**). La Contestación sobre las Objeciones no logra desvirtuar ninguno de estos tres puntos.

3.2.1 Contrario a lo que alega la Contestación sobre las Objeciones, las Demandantes no pueden incorporar al Tratado, vía su Cláusula NMF, ninguna de las diez cláusulas paraguas que invocan en la Demanda

122. Como se explicó en las Objeciones, las Demandantes no pueden incorporar al Tratado ninguna de las diez cláusulas paraguas que invocan en la Demanda por dos razones fundamentales:

123. *En primer lugar*, aun asumiendo que la Cláusula NMF permitiera importar estándares jurídicos de otros tratados (que no lo hace), el artículo 12.12.2 del Tratado expresamente excluye del ámbito de aplicación de la Cláusula NMF cualquier trato otorgado por Guatemala “*de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor [del] Tratado*”¹⁷². Esto incluye cada uno de los 10 tratados que las Demandantes citan en su Demanda y que, supuestamente, les darían el derecho a beneficiarse de la cláusula paraguas (**Sección 3.2.1.1**).

124. *En segundo lugar*, si, *par impossible*, el Tribunal decidiera restar todo efecto útil al artículo 12.12.2 del Tratado (*quod non*), las Demandantes siguen sin probar *prima facie* de qué forma la Cláusula de NMF permitiría extender la jurisdicción del Tribunal a supuestas violaciones de estándares no incluidos en el Tratado (como la cláusula paraguas) (**Sección 3.2.1.2**).

3.2.1.1 Contrario a lo que alegan las Demandantes, el Tratado expresamente excluye del ámbito de la Cláusula NMF la posibilidad de incorporar las cláusulas paraguas invocadas en la Demanda

125. Como explicamos en las Objeciones, el texto del artículo 12.12.2 del Tratado es claro: “[e]l Artículo 12.6 [la Cláusula 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, expresamente, que, para “todos los sectores”, “*Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato*

¹⁷² 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.

*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*¹⁷³.

126. En este caso, las Demandantes no refutan que las 10 cláusulas paraguas que pretenden incorporar al Tratado se encuentran en tratados internacionales que entraron en vigencia o que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia del Tratado entre Guatemala y Colombia¹⁷⁴ (i.e., el 12 de noviembre de 2009).
127. En su lugar, las Demandantes alegan que la reserva de Guatemala, consagrada en el Anexo III, no sería aplicable en este caso porque la reserva (i) sólo se refiere al derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país y las Demandantes “*no piden que Guatemala cese de [...] otorgar un trato diferenciado a terceros, a fin de igualarlos al trato otorgado a las Demandantes*”¹⁷⁵; (ii) sólo se aplica a “*medida[s] derivada[s] de una norma*’, y no [...] a la existencia de normas más beneficiosas en favor de ciertas categorías de inversionistas”¹⁷⁶; y (iii) se refiere a medidas que otorguen un trato diferente a otro país y no “*a un trato otorgado a otros ‘inversionistas’ o ‘inversionistas de otro país’*”¹⁷⁷.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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).

¹⁷⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 151, primera viñeta.

¹⁷⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 151, segunda viñeta.

¹⁷⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 151, tercera viñeta.

128. De entrada, todos y cada uno de estos argumentos ignoran que la reserva de Guatemala se aplica expresa y exclusivamente a las Cláusulas de NMF de los Capítulos 12 (“Inversión”) y 13 (“Comercio Transfronterizo de Servicios”) del Tratado¹⁷⁸. Por definición, esta reserva fue prevista para limitar el alcance de las cláusulas de NMF y evitar que los inversionistas y proveedores de servicios pudieran invocar el trato otorgado a terceros de conformidad con tratados suscritos antes de la fecha del presente Tratado.
129. Los argumentos de las Demandantes, sin embargo, buscan restarle todo efecto a la reserva de Guatemala y, con ello, al artículo 12.12.2 del Tratado.
130. *En primer lugar*, la posición de las Demandantes ignora que **ninguna** disposición del Tratado (ni siquiera la Cláusula de NMF) autoriza a los inversionistas extranjeros a pedirle a “*Guatemala que cese de [...] otorgar un trato diferenciado a terceros, a fin de igualarlos al trato otorgado a las Demandantes*”¹⁷⁹. El Tratado no puede afectar los derechos de terceros¹⁸⁰. Lo único que pueden pedir los inversionistas extranjeros bajo el Tratado es que el Estado les otorgue el mismo trato otorgado a terceros.
131. Por consiguiente, una interpretación de buena fe de la reserva de Guatemala a la Cláusula de NMF tan solo puede tener un significado: Guatemala “*se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país*”¹⁸¹, sin que, por ello, deba asumir responsabilidad alguna bajo la Cláusula de NMF; en otras palabras, sin que, por ello, tenga que extender el mismo trato a los inversionistas de los Estados Contratantes del Tratado. Cualquier otra interpretación le restaría todo efecto útil a la reserva.
132. *En segundo lugar*, la distinción que pretenden hacer las Demandantes entre “medidas derivadas de normas” y “normas” sólo confirma su cinismo. Un trato diferenciado sólo puede darse mediante la adopción de “medidas” que, según las mismas Demandantes, pueden consistir en protecciones otorgadas a través de normas – en sus palabras, “*protecciones o derechos adicionales*”

¹⁷⁸ 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 (“*Tipo de Reserva: Trato de Nación Más Favorecida (Artículo 12.6 y 13.4)*”).

¹⁷⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 151, primera viñeta.

¹⁸⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1 de enero de 1969, CL-193, art. 26 (explicando que los tratados sólo vinculan a las partes).

¹⁸¹ 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.

*otorgados a ciertos inversionistas (pero no a otros), en tratados, contratos u otros instrumentos*¹⁸².

133. Por último, el hecho de que el texto de la reserva se refiera a “*medida[s] que otorgue[n] un trato diferente a otro país*” no excluye el trato otorgado a los inversionistas de dichos países. De nuevo, las Demandantes ignoran que el propósito de la reserva es, precisamente, limitar el alcance de las cláusulas de nación más favorecida de los capítulos de inversión y comercio transfronterizo, las cuales se refieren, expresa y exclusivamente, al trato otorgado a los inversionistas y proveedores de terceros (no al trato otorgado a Estados soberanos). Si la reserva se limitara al trato otorgado a terceros Estados, el Anexo III no sería en realidad una excepción “*al trato de nación más favorecida*”.
134. Lo anterior confirma que, aun si la Cláusula de NMF permitiera incorporar estándares de otros Tratados (*quod non*), el Tratado expresamente excluye la posibilidad importar las 10 cláusulas paraguas invocadas por las Demandantes y, en general, **cualquier estándar o protección** incluido en un “*tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado*”¹⁸³.
- 3.2.1.2 *Contrario a lo que alegan las Demandantes, la Cláusula de NMF no permite, prima facie, incorporar al Tratado estándares jurídicos de otros Tratados*
135. 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 Capítulo 12 (Inversión), Sección A del Tratado¹⁸⁴ (y no sobre estándares jurídicos contenidos en otros tratados).
136. A pesar de que esta regla no está en disputa, las Demandantes siguen sin poder demostrar, *prima facie*, 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).

¹⁸² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 160. Ver también, *Id.*, párr. 154 (explicando que el trato diferenciado “*puede tomar - y toma en este caso - la forma de una protección otorgada a otros inversionistas que no está siendo otorgada a las Demandantes, i.e., las cláusulas paraguas*”).

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ 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.

137. *In limine*, las Demandantes no refutan que cada cláusula de NMF “*es un mundo*” y que, por lo tanto, cada cláusula debe ser interpretada de forma individual y de conformidad con sus términos para poder determinar cuál es su ámbito de aplicación¹⁸⁵.
138. En su lugar, las Demandantes alegan (i) que el texto de la Cláusula de NMF no distinguiría el “*trato no menos favorable al que hace referencia*”¹⁸⁶, y (ii) que, bajo el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, le correspondería al Estado demostrar que los Estados Contratantes tenían la intención inequívoca de excluir de la Cláusula de NMF la posibilidad importar estándares de otros Tratados¹⁸⁷.
139. Este análisis es incorrecto y, en cualquier caso, los Estados Contratantes sí excluyeron de la Cláusula de NMF la posibilidad de importar estándares jurídicos no previstos en el Tratado.
140. *En primer lugar*, contrario a lo que alegan las Demandantes, son ellas quienes tienen la carga de probar que los Estados Contratantes tuvieron la intención inequívoca de extender las protecciones del Tratado y la jurisdicción del Tribunal a las cláusulas paraguas (no lo han hecho):
141. Primero, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia mayoritaria, es indiscutible que cualquier extensión a la jurisdicción del Tribunal debe ser expresa e inequívoca. Como explicó el tribunal en *AIJY Ltd. c República Checa*, “*where there is no consent to arbitrate certain disputes under the basic Treaty, an MFN clause cannot be relied upon to create that consent unless the Contracting Parties clearly and explicitly agreed thereto*”¹⁸⁸. Sobra decir que este requisito no es más que una manifestación del principio general del derecho internacional según el cual “*international courts and tribunals can exercise jurisdiction over a State only with its consent*”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ *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*”).

¹⁸⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 155.

¹⁸⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 155.

¹⁸⁸ *AIJY Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre jurisdicción del 9 de febrero de 2017, **RL-58**, párr. 104; *Accession Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedohaz Vagyonkezele ZRT c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Decisión sobre la objeción de la demandada bajo el artículo 41(5) del Reglamento de Arbitraje del 16 de enero de 2013, **RL-59**, párr. 73 (“*MFN clauses are not and should not be interpreted or applied to create new causes of action beyond those to which consent to arbitrate has been given by the Parties*”).

¹⁸⁹ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, **CL-220**, párr. 160(3).

142. En este caso, si el Tribunal decidiera importar una cláusula paraguas estaría extendiendo su jurisdicción. Así lo reconocen, por ejemplo, los Profesores Dolzer y Schreuer, quienes explican que “[t]he importation of additional substantive standards of protection by way of an MFN clause inevitably has effects on the jurisdiction of tribunals. This is particularly evident where the jurisdiction of a tribunal is limited to violations of the treaty. If the basic treaty does not contain an umbrella clause or a guarantee of fair and equitable treatment, the applicability of these standards by way of an MFN clause will also widen the jurisdiction of a tribunal”¹⁹⁰.
143. Segundo, a diferencia de los múltiples tratados citados en la Demanda, al momento de suscribir el Tratado que nos ocupa, los Estados Contratantes tomaron la decisión de política pública de excluir la cláusula paraguas de las protecciones otorgadas a los inversionistas de los otros Estados Contratantes. Esta decisión de política pública no puede (y no debe) ser ignorada por el Tribunal.
144. De hecho, tanto la jurisprudencia como la doctrina internacional han advertido sobre los efectos nocivos de usar las cláusulas de NMF para desconocer el derecho soberano de los Estados de negociar y suscribir los tratados en los términos que consideran apropiados. La CNUDMI, por ejemplo, advirtió, desde 2010, que, “a broad approach towards the application of MFN treatment poses numerous policy challenges. [...] **By automatically incorporating commitments from third treaties, a broad MFN obligation might practically ignore the sovereign freedom of States to conclude international obligations as they see fit.** This may partially modify or nullify the basic treaty by means of importation of provisions from a third party treaty and may also create a sense of uniformity of standards when real variations in scope, content and intent exist for very good policy reasons”¹⁹¹. Permitir que se presenten estos efectos nocivos de la cláusula NMF es incluso

¹⁹⁰ R. Dolzer, “Settling Investment Disputes”, *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022, **RL-60**, pág. 391. Ver también, *Kontinental Conseil Ingénierie c. República Gabonesa*, Caso CPA No. 2015-25, Laudo Final del 23 de diciembre de 2016, **RL-61**, párr. 177 (explicando que las cláusulas paraguas: “[have] the effect of vesting the tribunal of the treaty with jurisdiction”); *Kontinental Conseil Ingénierie c. República Gabonesa*, Caso CPA No. 2015-25, Sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 25 de junio de 2019, **RL-62**, párr. 16 (definiendo las cláusulas paraguas como: “procedural advantages of dispute settlement” that lead to the “extension of the scope of the arbitrators’ jurisdiction”); *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 (confirmando lo decidido en *KCI c. República Gabonesa*).

¹⁹¹ United Nations Conference on Trade and Development, “Most-Favoured Nation Treatment”, *UNCTAD Series on Issues In International Investment Agreements II* (United Nations 2010), **RL-63**, págs. 105-106; En este mismo sentido, ver F. Orrego Vicuña, “Reports of [Maffezini’s] Demise Have Been Greatly Exaggerated”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 2 (2012), **RL-64**, págs. 302-303 (“[n]o rights different from those in the original treaty are created by the MFN clause, only the treatment accorded to such rights is the relevant element of comparison. [...] **The role of the MFN clause [...] is not to substitute consent for a lack of consent** but to ensure that the consent given is implemented in the most favourable manner to the individual investor entitled to protection as compared to the treatment given to other such individuals in treaties with third countries”) (el resaltado es nuestro); *HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, **RL-24**, párr. 81 (explicando que la Cláusula NMF “toma como referencia el estándar de trato otorgado a terceros [...]. La cláusula

más grave en casos en los que, como el que nos ocupa, el Estado se reservó expresamente el derecho de no otorgar el mismo tratamiento que el otorgado a otros inversionistas bajo tratados internacionales celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Tratado.

145. Por último, de conformidad con lo establecido por la Corte Internacional de Justicia y tribunales de inversión, las reglas generales de derecho internacional no pueden ser tácitamente derogadas¹⁹². Esto incluye la regla general según la cual los Estados no son internacionalmente responsables por simples incumplimientos de contratos estatales¹⁹³. Por consiguiente, si la interpretación de las Demandantes de la cláusula paraguas fuera correcta (*quod non*), las Demandantes tendrían que probar que el Tratado tiene alguna frase “*making clear [the contracting States’] intention*”¹⁹⁴ de crear una excepción a esta regla general. En este caso, sin embargo, no hay ninguna disposición del Tratado que siquiera sugiera la intención de los Estados Contratantes de extender su responsabilidad internacional a incumplimientos de un contrato.
146. *En segundo lugar*, contrario a lo que alegan las Demandantes, es evidente que los Estados Contratantes sí decidieron limitar el ámbito de aplicación de la Cláusula de NMF – en este caso, 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, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio*”¹⁹⁵. Como explicamos en la Contestación, y como han reconocido otros Estados¹⁹⁶, este lenguaje restringe la aplicación de la Cláusula NMF a instancias

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”) (el resaltado es nuestro).

¹⁹² *Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A., Estados Unidos de América c. Italia*, I.C.J. Reports 4 del 1 de enero de 1989, **CL-229**, párr. 50; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Decisión sobre Jurisdicción del 5 de enero de 2001, **CL-159**, párr. 73; *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**, párr. 173.

¹⁹³ *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. 76.

¹⁹⁴ *Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A., Estados Unidos de América c. Italia*, I.C.J. Reports 4 del 1 de enero de 1989, **CL-229**, párr. 50.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ Así lo han confirmado, por ejemplo, los Estados Contratantes 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)*”).

específicas de trato otorgado por el Estado a inversionistas extranjeros en su propio territorio y en circunstancias de hecho similares¹⁹⁷. No se extiende al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas.

147. Las Demandantes no han presentado una sola fuente jurídica que confirme lo contrario. En su lugar, las Demandantes insisten en que “*la jurisprudencia mayoritaria de inversiones ha confirmado que las cláusulas de NMF pueden ser utilizadas para aplicar protecciones sustantivas de otros tratados*”¹⁹⁸. Sin embargo, todos y cada uno de los tribunales citados por las Demandantes (y que aceptaron importar una cláusula de otro tratado) tuvieron que pronunciarse sobre cláusulas de NMF que, de una u otra forma, son más amplias que el art. 12.6 del Tratado¹⁹⁹. Esto incluye el

*firmly oppose of the possibility of importing a FET clause from a BIT concluded by Canada”) (el resaltado es nuestro); 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*”).*

¹⁹⁷ En su Contestación, las Demandantes intentan restar importancia a las opiniones de los Estados Contratantes del NAFTA, alegando que las mismas serían irrelevantes (párr. 164). Sin embargo, las Demandantes omiten mencionar que los Estados Contratantes del NAFTA se pronunciaron sobre una Cláusula de NMF que es idéntica a la Cláusula de NMF del Tratado. Ver, por ejemplo, *Chemtura Corporation c. Canadá*, Arbitraje NAFTA/CNUDMI, Laudo 2 del agosto de 2010, **RL-21**, párr. 232, (Art. 1103: “*1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. 2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments*”).

¹⁹⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 161.

¹⁹⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 161 y 162, citando *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo del 11 de junio de 2012, **CL-077**, párr. 921 (“*Within its territory and in its maritime zone, each Contracting Party shall provide to the investors of the other Party, with respect to their investments and activities associated with such investments, a treatment no less favorable than that accorded to its own investors or the treatment accorded to investors of the most favored Nation if the latter is more advantageous*”); *OAO Tatneft c. Ucrania*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo del 29 de julio de 2014, **CL-013**, párr. 362 (“*Each of the Contracting Parties shall provide in its territory, for investments made by investors of the other Contracting Party, and for activities in connection with such investments, treatment [or a regime] no less favourable than the treatment [or the regime] provided for its own investors or for investors of any third state, excluding the application of measures of a discriminatory nature which could obstruct the management and the disposal of investments*”); *MTD Equity Sdn. Bhd. C. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo de 2004, **CL-001**, párr. 101 (“*1. Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State*”); *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/08/02, Decisión sobre Interpretación y sobre la

caso de *EDF c. Argentina*, el cual, según las Demandantes, habría “*rechaz[ado] de manera tajante una excepción similar a la planteada por Guatemala*”²⁰⁰.

148. Por lo demás, no es cierto que “*las cláusulas de NMF [en general] pueden ser utilizadas para aplicar protecciones sustantivas de otros tratados*”. Al menos cuatro tribunales de inversión han concluido que las respectivas cláusulas de NMF no permiten importar cláusulas paraguas de otros tratados, precisamente, porque el lenguaje de la cláusula de NMF restringía su ámbito de aplicación²⁰¹. El tribunal en *İçkale c. Turkmenistán*, por ejemplo, advirtió que “*given the limitation of the scope of application of the MFN clause to ‘similar situations,’ it cannot be read, in good faith, to refer to standards of investment protection included in other investment treaties between a State party and a third State*”²⁰². Por su parte, el tribunal en *Teinver c. Argentina* resaltó que la cláusula de NMF se limitaba en dicho caso a “*all matters governed by this Agreement*” y, en consecuencia, concluyó que excluía la posibilidad de importar una cláusula paraguas (en sus palabras, porque ello habría resultado “*in the incorporation of a new right or standard of treatment not provided for [in] the Treaty*”²⁰³).

Solicitud de Medidas Preliminares del 7 de marzo de 2011, **CL-114**, párr. 59 (“*Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable*”); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo del 27 de Agosto de 2009, (citado por las Demandantes como CL-112), párr. 386 (“*Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable*”); *Mr. Franck Charles Arif c. Republica de Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo del 8 de abril de 2013, **CL-059**, párr. 394 (“*Each Contracting Party shall extend, in its territory and in its maritime area, to nationals and companies of the other Contracting Party, regarding their investments and activities connected with these investments, treatment not less favourable than that granted to its nationals or companies...*”); *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited c. India*, Caso CPA No. 2013-09, Laudo de Jurisdicción y Fondo del 25 de julio de 2016, **CL-172**, párr. 485 (“*Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party, treatment which shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own or investments of investors of any third State*”).

²⁰⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 161, citando *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo del 11 de junio de 2012, **CL-077**, párr. 921 (“*a treatment no less favorable than that accorded to ... investors of the most favored Nation*”).

²⁰¹ *Sergei Paushok y otros c. el Gobierno de Mongolia*, Caso CNUDMI, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 28 de abril de 2011, **RL-65**, párr. 570; *İçkale c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo del 8 de marzo de 2016, **RL-25**, párrs. 328, 329, 332; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y otros c. República Argentina*, Caso ICSID No. ARB/09/01, Laudo del 21 de julio de 2017, **RL-66**, párr. 884; *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**, párrs. 778-794.

²⁰² *İçkale c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo del 8 de marzo de 2016, **RL-25**, párr. 329.

²⁰³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y otros c. República Argentina*, Caso ICSID No. ARB/09/01, Laudo del 21 de julio de 2017, **RL-66**, párr. 884.

149. *En tercer lugar, 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 podría aplicarse a formulaciones más favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado*²⁰⁴. Cualquier otra interpretación, como advirtió el tribunal en *İçkale c. Turkmenistán*, restaría todo efecto al requisito de que los inversionistas o sus inversiones se encuentren “en circunstancias similares”²⁰⁵.
150. En defensa de su posición, las Demandantes alegan que “[l]a referencia en el Artículo 12.6.1 del Tratado a ‘circunstancias similares’ es un calificativo del ‘trato’ que se debe conceder a los inversionistas” y que, en este caso. “el Tratado no limita este ‘trato’ al ‘trato con respecto exclusivamente a los estándares previstos en la Sección A de este Capítulo”²⁰⁶. Adicionalmente, las Demandantes insisten en que el requisito de circunstancias similares se cumple respecto de cualquier inversionista que esté “cubierto por uno de los tratados ratificados por Guatemala”²⁰⁷ y que así lo confirmaría “numerosos precedentes”²⁰⁸. Ninguno de estos argumentos puede prosperar.
151. Primero, la posición de las Demandantes ignora que el término “circunstancias similares” tiene un significado jurídico específico. De conformidad con lo establecido por la jurisprudencia, el análisis de este requisito “involves a highly fact-specific inquiry” con respecto a todas las

²⁰⁴ *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”).

²⁰⁵ *İçkale c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo del 8 de marzo de 2016, **RL-25**, párr. 329 (“The standards of protection included in other investment treaties create legal rights for the investors concerned, which may be more favorable in the sense of being additional to the standards included in the basic treaty, but such differences between applicable legal standards cannot be said to amount to ‘treatment accorded in similar situations,’ without effectively denying any meaning to the terms ‘similar situations.’ Investors cannot be said to be in a ‘similar situation’ merely because they have invested in a particular State; indeed, if the terms “in similar situations” were to be read to coincide with the territorial scope of application of the treaty, they would not be given any meaning and would effectively become redundant as there would be no difference between the clause ‘treatment no less favourable than that accorded in similar situations [...] to investments of investors of any third country’ and ‘treatment no less favourable than that accorded [...] to investments of investors of any third country.’ Such a reading would not be consistent with the generally accepted rules of treaty interpretation, including the principle of effectiveness, or *effet utile*, which requires that each term of a treaty provision should be given a meaning and effect”).

²⁰⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 168.

²⁰⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 169.

²⁰⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 170.

circunstancias relevantes del supuesto trato menos favorable²⁰⁹, lo cual incluye un análisis del régimen jurídico aplicable a cada uno de los inversionistas²¹⁰. Como explicó el tribunal en *Apotex c. Estados Unidos*, incluso en circunstancias en las que los inversionistas son competidores directos, “*the question of whether the Claimants and their investments were subject to the same legal regime or regulatory requirements [...] becomes an important potential differentiator*”²¹¹.

152. En este caso, el requisito de “circunstancias similares” significa que el Tratado tiene que contener, como mínimo, el mismo tipo de protecciones otorgadas a los inversionistas de la nación más favorecida. De lo contrario, es evidente que los respectivos inversionistas no estarían sujetos al mismo régimen jurídico y, por lo tanto, no estarían en circunstancias similares.
153. Segundo, en ninguno de los “*numerosos precedentes*” citados por las Demandantes y que, supuestamente, confirmarían su posición (esto es, *Arif c. Moldova*, *EDF. Argentina y Consutel c. Argelia*)²¹² se aplica una cláusula de NMF que expresamente requiera que los inversionistas se encuentren en “*circunstancias similares*”. Por consiguiente, estas decisiones son irrelevantes²¹³.

²⁰⁹ Ver, por ejemplo, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo del 25 de agosto de 2014, **CL-176**, párr. 8.15

²¹⁰ *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo del 25 de agosto de 2014, **CL-176**, párr. 8.15; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007, **RL-41**, párr. 381.

²¹¹ *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo del 25 de agosto de 2014, **CL-176**, párr. 8.43.

²¹² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 170.

²¹³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 170, citando *Mr. Franck Charles Arif c. Republica de Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo del 8 de abril de 2013, **CL-059**, párr.394 (“*Each Contracting Party shall extend, in its territory and in its maritime area, to nationals and companies of the other Contracting Party, regarding their investments and activities connected with these investments, treatment not less favourable than that granted to its nationals or companies, or treatment granted to the nationals and companies of the most favoured nation, if the latter is more favourable...*”), *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo del 11 de junio de 2012, **CL-077**, párr. 508 (“*Each Contracting Party shall extend, in its territory and in its maritime area, to nationals and companies of the other Contracting Party, regarding their investments and activities connected with these investments, treatment not less favourable than that granted to its nationals or companies...*”), *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. 355 (“*Chacun des Etats contractants accorde sur son territoire, aux investissements et aux revenus afférents des nationaux et des personnes morales de l’autre Etat contractant, un traitement non moins favorable que celui réservé aux investissements et aux revenus y relatifs de ses propres nationaux ou personnes morales ou de ceux de pays tiers bénéficiant de la clause de la nation la plus favorisée, si celui-ci est le plus avantageux*”) (traducción libre del francés “*Cada Estado Contratante concederá en su territorio a las inversiones y rentas conexas de los nacionales y personas jurídicas del otro Estado Contratante un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones y rentas conexas de sus propios nacionales o personas jurídicas o de los de terceros países beneficiarios de la cláusula de la nación más favorecida, según cuál sea el más favorable*”). Adicionalmente, el Estado nota que, en los casos *ATA c. Jordania* (CL-165) y *Bayindir c. Pakistán* (identificado por las Demandantes como CL-112), en los cuales los tribunales aceptaron importar una cláusula TJE bajo la cláusula de NMF, el preámbulo del Tratado expresamente disponía que el TJE “*is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic*

154. Por el contrario, como se explicó anteriormente, la jurisprudencia citada en las Objeciones (e.g., *İçkale c. Turkmenistán* y *Muhammet c. Turkmenistán*) confirma que este requisito impide a las Demandantes importar estándares que no están previstos en el Tratado. En palabras de este último tribunal, “*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*”²¹⁴.

3.2.2 Aun si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas puede ser importada a través de la Cláusula NMF (*quod non*), las cláusulas paraguas no elevan cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional

155. Si, *par impossible*, 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 internacional²¹⁵.

156. 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)²¹⁶. De lo contrario, el tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre dichos reclamos²¹⁷.

resources” (*ATA*, párr. 125, *Bayindir*, párrs. 154-157). Por si esto fuera poco, en el caso *Bayindir c. Pakistán*, el tribunal expresamente indicó que la decisión de importar la cláusula de TJE estaba basada, en parte, en el preámbulo del tratado, el cual era relevante para interpretar el alcance de la cláusula NMF (párrs. 154-157). En este caso, por el contrario, no existe ni una sola disposición en el Tratado que siquiera sugiera que la cláusula paraguas era de alguna forma importante para garantizar una adecuada protección a las inversiones de los otros Estados Contratantes.

²¹⁴ *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.

²¹⁵ *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 (“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”).

²¹⁶ *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.

²¹⁷ *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*

157. En defensa de su posición, las Demandantes alegan (i) que sus reclamos bajo la cláusula paraguas no se limitarían a reclamos bajo el Contrato, sino que también incluirían reclamos por obligaciones de “*leyes o reglamentos*”²¹⁸, y (ii) que la “*vasta jurisprudencia*” y doctrina confirman que un simple incumplimiento contractual puede constituir una violación de la cláusula paraguas²¹⁹. La posición de las Demandantes no puede prosperar por, al menos, las siguientes tres razones:
158. *En primer lugar*, independientemente de la fuente de la obligación que invoquen las Demandantes, el requisito es el mismo: las Demandantes tienen que demostrar que el Estado actuó en ejercicio de sus poderes soberanos para que se pueda consumar una violación del Tratado. Por lo demás, el solo hecho de que la Demandante califique ciertos reclamos como violaciones de leyes o reglamentos no es suficiente para que el Tribunal concluya que los reclamos no son contractuales²²⁰. De hecho, el Estado ya advirtió que algunos de los reclamos de las Demandantes, calificados como violaciones de la LGE y su Reglamento, no son más que reclamos puramente contractuales que escapan a la jurisdicción del Tribunal²²¹. Las Demandantes no refutaron este punto.
159. *En segundo lugar*, el hecho de que algunos tribunales hayan adoptado la teoría de las Demandantes no significa que, en este caso, el Tribunal deba adoptar ciegamente dicha postura. En el arbitraje internacional no existen precedentes vinculantes.

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).

²¹⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 172.

²¹⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 173.

²²⁰ *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*”) (el resaltado es nuestro).

²²¹ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 66.

160. En este caso, la teoría seguida por algunos tribunales, según los cuales las cláusulas paraguas elevan automáticamente cualquier reclamo contractual a un reclamo bajo el Tratado, contradice las reglas de interpretación de tratados bajo la Convención de Viena y no debe ser seguida por el Tribunal.
161. Por el contrario, una interpretación de la cláusula paraguas de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin del Tratado²²² confirma que la misma sólo puede aplicarse a las actuaciones del Estado como soberano.
162. Primero, el Estado, como ente soberano, tiene amplios poderes sobre las personas y cosas en su territorio y, el objeto y fin de los tratados de inversión es mitigar este riesgo soberano de forma tal que los Estados parte promuevan y fomenten la inversión extranjera²²³. El Tratado no tiene como propósito regular las relaciones contractuales de los inversionistas.
163. Segundo, como ente soberano, el Estado tiene el poder de interferir en las relaciones contractuales entre los órganos del Estado e inversionistas y es, precisamente, el ejercicio de este poder soberano el que la cláusula paraguas busca regular. En palabras del Profesor Douglas, “*the functional purpose of the umbrella clause is to protect the contractual bargain from extra-contractual (sovereign) interference [which] can potentially come from any State organ exercising sovereign power whether or not it is bound by the contract in question*”²²⁴.
164. Así lo confirma el texto de las cláusulas paraguas que las Demandantes pretenden importar.
165. *Por un lado*, al igual que cualquier otra disposición en un tratado de protección de inversiones, la cláusula paraguas está dirigida al Estado como sujeto de derecho internacional, no a los órganos del Estado que suscriben los contratos con los particulares²²⁵.
166. *Por otro lado*, las cláusulas paraguas sólo disponen que el Estado está obligado a “observar” los compromisos adquiridos con los inversionistas. El Estado, como ente soberano, no está (y no puede estar) obligado a cumplir los compromisos contractuales de un órgano o entidad estatal en

²²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1 de enero de 1969, **CL-193**, art. 31.

²²³ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 2 (explicando que, “[t]he object and purpose of an investment treaty is to mitigate the sovereign risk associated with making investments in the territory of either contracting state party to an acceptable degree and thereby encourage the inflow of foreign investment”) (el resaltado es nuestro).

²²⁴ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, págs. 2 y 3.

²²⁵ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 2.

específico. Observar no es lo mismo que cumplir. Sólo las partes del Contrato pueden cumplir con una obligación²²⁶.

167. Tercero, la interpretación del Estado es, además, consistente con las reglas generales del derecho internacional. Como se explicó anteriormente, por regla general, los Estados no son internacionalmente responsables por incumplimientos de contratos suscritos por sus órganos o entidades estatales²²⁷.
168. Si los estados hubieran querido apartarse de esta regla general al suscribir la cláusula paraguas, así lo habrían establecido expresa e inequívocamente en el texto de dicha cláusula²²⁸. No lo hicieron. Como explica Verzijl's “[e]very international convention must be deemed tacitly to refer to general principles of international law for all questions which it does not itself resolve in express terms and in a different way”²²⁹.
169. *Por último*, y de conformidad con lo anterior, las Demandantes tienen la carga de probar que la cláusula paraguas constituye una excepción a la regla general del derecho internacional, de conformidad con la regla de interpretación de tratados prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena²³⁰. No lo han hecho.

²²⁶ Sobre esta diferencia ver Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 2 (“‘Observe’ is not the same thing as ‘perform’. To ‘perform’ a contractual obligation implies being a party to the contract in question. The State as a subject of international law and the contracting party to a treaty does not generally contract with any private party. The State as a subject of international law and unitary entity is also not ‘bound’ in the contractual sense by obligations undertaken by State organs or other instrumentalities with private parties”).

²²⁷ Stephen Schwebel, *Justice in International Law* (CUP 1994) (extracto), **RL-67**, págs. 431-432, (“[W]hile a mere breach by a State of a contract with an alien (whose proper law is not international law) is not a violation of international law, a ‘non-commercial’ act of a State contrary to such contract may be. That is to say, the breach of such a contract by a State in ordinary commercial intercourse is not, in the predominant view, a violation of international law, but the use of sovereign authority of a State, contrary to the expectations of the parties, to abrogate or violate a contract with an alien, is a violation of international law”).

²²⁸ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 7 (explicando que: “[t]his is the essential background to the interpretation of the umbrella clause and it would surely be reasonable to assume that if the drafters of investment treaties had intended to depart from the settled position in general international law then they would have expressed that intention clearly and unequivocally”).

²²⁹ Informes de Laudos Arbitrales Internacionales, *Georges Pinson (Francia) c. Estados Unidos Mexicanos*, 19 octubre de 1928, Vol. V, **RL-68**, pág. 422. Ver también, Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 6.

²³⁰ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 7 (“The burden is on those asserting that the umbrella clause encapsulates a fundamental departure from general principles of international law to make their case by reference to the other interpretative elements set out in article 31 of the Vienna Convention (and the supplemental means envisaged in article 32 if appropriate”).

170. En su lugar las Demandantes simplemente alegan que, según la jurisprudencia, “*las cláusulas paraguas significan exactamente lo que dicen, y que, si no se las aplica respetando el significado corriente de sus términos, se las priva completamente de valor*”²³¹. Esto es falso.
171. Primero, como ya explicamos, las cláusulas paraguas no “dicen” que el Estado, como ente soberano, esté obligado a cumplir los compromisos contractuales de sus órganos o entidades públicas.
172. De hecho, la interpretación que proponen las Demandante (y algunos tribunales) no sólo implica rescribir el contrato correspondiente, sino que también produce resultados injustos. Dicha interpretación implica que ya no es el Ministerio de Energía el que está obligado a cumplir con las obligaciones del Contrato, sino también el Estado como ente soberano. Además, la interpretación que proponen las Demandantes implica que estas últimas pueden beneficiarse de los términos del Contrato sin exponerse al riesgo de que el Estado pueda también presentar reclamos por incumplimientos del Contrato²³².
173. Segundo, la supuesta ausencia del efecto útil de la cláusula paraguas es más un dispositivo retórico que un argumento jurídico. Como explica el Profesor Douglas, “[*t*]he truth is that there is much overlap between all the different obligations of investment protection. [...] The umbrella clause reflects a basis for international responsibility in general international law just like the prohibition of unlawful expropriation and the other common investment protection obligations [...]. There was thus a rationale for including it among the overlapping obligations in a typical investment treaty”²³³.
174. La idea de que los redactores de los tratados de inversión tuvieron la intención de revolucionar el derecho internacional para que la cláusula paraguas tuviera un efecto útil completamente independiente de las demás obligaciones bajo el Tratado no es convincente. Esta idea, en palabras del Profesor Douglas, “[*is*] not supported by any available travaux préparatoires. And one might

²³¹ Contestación de las Demandantes a Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 176.

²³² Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 10 (“*The unilateral terms of the umbrella clause make perfect sense if the conduct sought to be regulated is the sovereign act of the State in accordance with the functional interpretation: only the State, and not the private contracting party, can abuse its sovereign power to interfere with the contractual bargain. By contrast, the unilateral terms of the umbrella clause will produce unjust results under the elevation theory because the effect is to permit a claimant investor to enjoy the benefits of the contract without being exposed to the counterparty’s counterclaims to enforce the burdens of the contract*”) (el resaltado es nuestro).

²³³ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 6.

*expect that the revolutionary aims of the umbrella clause would have been spelt out in more than a single sentence of treaty text*²³⁴.

3.2.3 En cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y, por lo tanto, son inadmisibles

175. Aun si el Tribunal concluyera que *prima facie* tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la cláusula paraguas y que la misma eleva automáticamente cualquier reclamo contractual al plano internacional (*quod non*), el Tribunal debe igual rechazar los reclamos puramente contractuales de las Demandantes. Dichos reclamos se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y son, por lo tanto, inadmisibles.

176. En resumen, las Demandantes no pueden eludir el foro exclusivo de resolución de litigios incluido en el Contrato, ni siquiera a través de la cláusula paraguas. Como explicó 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 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*”²³⁵.

177. *In limine*, las Demandantes no refutan que la Cláusula Vigésima del Contrato contiene una elección exclusiva de foro, ni que dicha cláusula es válida y vinculante para las partes del Contrato. El texto de la Cláusula es claro a este respecto:

*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 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*²³⁶.

²³⁴ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 6.

²³⁵ *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.

²³⁶ 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 (el resaltado es nuestro).

178. En su lugar, las Demandantes alegan que “[d]iversos precedentes internacionales han sostenido que no correspondería remitir a la jurisdicción del contrato una disputa por violación de una cláusula paraguas, precisamente por tratarse de una violación del Tratado, sujeta a los mecanismos de resolución de controversias del Tratado”²³⁷. Como soporte de este argumento, las Demandantes hacen referencia a tan sólo cuatro casos que conciernen la aplicación de la cláusula paraguas²³⁸ y a una letanía de casos que simplemente confirman que las cláusulas de elección de foro no excluyen la jurisdicción de los tribunales bajo el Tratado con respecto a la supuesta violación de otros estándares²³⁹.
179. Los argumentos de las Demandantes deben ser rechazados por, el menos, las siguientes tres razones:
180. *En primer lugar*, la jurisprudencia que se refiere a la jurisdicción de los tribunales para pronunciarse sobre la violación de otros estándares es irrelevante²⁴⁰. El Estado, en ningún momento, ha alegado que la cláusula de elección exclusiva de foro impida que el Tribunal ejerza su jurisdicción sobre reclamos distintos de los contractuales.
181. *En segundo lugar*, el hecho de que la cláusula paraguas esté sujeta “a los mecanismos de resolución de controversias del Tratado” no desvirtúa la fuerza vinculante de la cláusula de elección exclusiva de foro.

²³⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 181.

²³⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 181, citando *Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo del 27 de octubre de 2022, **CL-158**, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo del 10 de febrero de 2012, **CL-152**, *Nissan Motor Co., Ltd. c. La República de India*, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2019, **CL-157**, y *Eureka B.V. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005, **CL-094**.

²³⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 181, citando *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo del 19 de diciembre de 2008, **CL-174**, párr. 58, *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo del 22 de agosto de 2012, **CL-175**, párr. 61, *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales de la Demandada del 21 de octubre de 2005, **CL-170**, párr. 119, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, **CL-149**, párr. 79, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005, **CL-168**, párr. 122, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación del 3 de julio de 2002, **CL-148**, párr. 101.

²⁴⁰ De hecho, en *Daimler c. Argentina*, el tribunal expresamente indicó que la cláusula de elección exclusiva de foro era irrelevante, porque la demandante no había alegado violaciones del contrato. Ver *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo del 22 de agosto de 2012, **CL-175**, párr. 61 (“*the Claimant does not assert before this Tribunal any claims arising out of alleged breaches of the contracts between DCS Argentina and its customers. Thus, the forum selection clauses of the lease and loan contracts can have no bearing upon this Tribunal’s jurisdiction*”).

182. Como explicamos en las Objeciones, el punto es que las Demandantes pretenden, a través de la cláusula paraguas, elevar a nivel del Tratado las disposiciones del Contrato suscrito entre el MEM y TRECSA (sin que sea necesario probar que el Estado ha actuado más allá de una mera parte contractual) y, al mismo tiempo, que se pase por alto una de las disposiciones del Contrato que pretenden que este Tribunal aplique e interprete como si fuera el juez del Contrato. El Contrato, como explicó el tribunal en *Consutel c. Argelia*, “*forma un todo*”²⁴¹. Las Demandantes “*no puede[n], mediante una cláusula paraguas, invocar algunas de las cláusulas del contrato eximiéndose de otras, como la cláusula compromisoria*”²⁴². Si las partes de un contrato han asumido libremente ciertas obligaciones, deben respetar dichas obligaciones”²⁴³.
183. Las Demandantes no respondieron a este punto y, en su lugar, se limitaron a decir que las decisiones de los tribunales en *Eureko c. Polonia*, *Gardabani c. Georgia*, *SGS c. Paraguay* y *Nissan Motor c. India*, confirmarían que el Tribunal debe desconocer la cláusula de elección exclusiva de foro del Contrato. Esto no es cierto.
184. Primero, el tribunal en *Eureko c. Polonia* tan sólo se pronunció sobre actuaciones soberanas del Estado, no sobre actuaciones puramente contractuales²⁴⁴. Por lo tanto, el tribunal en ningún momento tuvo que pronunciarse sobre los efectos de la cláusula de elección exclusiva de foro con respecto a reclamos puramente contractuales.
185. Segundo, el tribunal en *Gardabani c. Georgia* expresamente aclaró que las complejas circunstancias en dicho arbitraje se distinguían de la situación en *Consutel c. Algeria* (citado por el Estado), porque los inversionistas, en dicho caso, “*ha[d] not sought to circumvent exclusive*

²⁴¹ *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.

²⁴² *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 (“*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 compromissaire*”) (traducción libre del francés : “no puede, sin embargo, tener por efecto modificar el sistema de obligaciones al que se aplica. [...] El contrato forma un todo, y el inversor no puede, mediante una cláusula paraguas, invocar algunas de las cláusulas del contrato eximiéndose de otras, como la cláusula de arbitraje”) (el resaltado es nuestro). Ver también, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assesment 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. 148 (“[l]as partes de un contrato no están facultadas para elegir las partes del contrato que quieran incorporar a una ‘cláusula paraguas’, como el Artículo 3(4), ignorando las otras”).

²⁴³ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assesment 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. 148.

²⁴⁴ *Eureko B.V. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005, **CL-094**, párr. 260. De hecho, el tribunal simplemente concluyó que las acciones y omisiones del Gobierno de Polonia (de carácter soberano), que también habían sido expropiatorias y violatorias del TJE, constituían una violación de la cláusula paraguas.

*jurisdiction clauses contained in the 2013 Memorandum and the Khrami SPA*²⁴⁵. En este caso, por el contrario, esto es precisamente lo que buscan las Demandantes.

186. Tercero, aparte de que de las decisiones en *SGS c. Paraguay* y *Nissa Motors* representan la posición minoritaria con respecto al alcance de la cláusula paraguas, dichas decisiones están lejos de ser persuasivas:
187. *Por un lado*, ninguno de estos dos casos explica por qué los inversionistas estarían legitimados para reclamar el cumplimiento de ciertas obligaciones bajo el contrato y, a la vez, ignorar otras. Como advirtió el Profesor Douglas, estos tribunales simplemente asumen que el inversionista “[has the right] to rewrite the contractual bargain by securing the benefits and avoiding the burdens”²⁴⁶. Esto no puede ser correcto.
188. Si los inversionistas desean reclamar el cumplimiento de los compromisos contractuales de los Estados, deben hacerlo de conformidad con los términos de dichos compromisos. Esta regla ha sido reconocida por múltiples tribunales y académicos. McLachlan, Shore y Weiniger, por ejemplo, explican que, como consecuencia de esta regla, “(a) *the clause cannot alter the parties to any investment contract or the bilateral nature of the obligations entered into; nor (b) can it override exclusive contractual agreements for the resolution of any disputes under the contract*”²⁴⁷.
189. *Por otro lado*, si lo que dicen los casos citados por las Demandantes es que el Tratado deroga las cláusulas de elección exclusiva de foro, dichos tribunales, en ningún, momento explican de qué forma una regla general (dirigida a un número indeterminado de inversionistas) podría derogar una regla específica contenida en un contrato específico entre un órgano del Estado y un inversionista. Esto es absurdo y contrario a Derecho. De nuevo, como explican McLachlan, Shore y Weiniger, “[t]he binding nature of such clauses in relation to contractual claims within their scope is not to be undermined by a general provision in a treaty extending a number of dispute resolution options to investors of two States generally”²⁴⁸.

²⁴⁵ *Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo del 27 de octubre de 2022, **CL-158**, párr. 717.

²⁴⁶ Z. Douglas, “The Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023), **RL-56**, pág. 10.

²⁴⁷ C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, 2a Ed., Oxford University Press, 2017 (extractos), **RL-38Bis**, párrs. 4.161 y 4.163.

²⁴⁸ C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, 2a Ed., Oxford University Press, 2017 (extractos), **RL-38Bis**, párrs. 4.161 y 4.163.

190. Por último, el Estado reitera que 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 inversiones²⁴⁹. 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*²⁵⁰.

191. En su defensa, las Demandantes alegan que “*aplicar un tratado no es abusar de él*”²⁵¹. Sin embargo, es indiscutible que los inversionistas pueden, y, en efecto, abusan de los tratados de inversiones, so pretexto de aplicarlos, tal y como lo confirman los múltiples laudos que han rechazado reclamos, precisamente, por abuso del sistema²⁵².

192. Subsidiariamente, la Demandante alega que la doctrina citada sobre abuso del derecho “*ni siquiera se refiere a la interpretación o aplicación de cláusulas paraguas*”²⁵³. Pero esto es irrelevante. Aun si la doctrina citada no se refiere expresamente a reclamos bajo la cláusula paraguas, el principio igual es aplicable a este caso: las Demandantes pretenden valerse del arbitraje de inversiones “*in violation of a contractual [...] obligation to refer the dispute to another court or tribunal*”²⁵⁴. Esta conducta es, por definición, un abuso del arbitraje de inversiones.

²⁴⁹ 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*”).

²⁵⁰ Y. Shany, “Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts”, Oxford University Press, 2007 (extractos), **RL-32**, págs. 192-193.

²⁵¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 184.

²⁵² Ver, por ejemplo, *Orascom TMT Investments S.à.r.l. c. República de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/12/35, Laudo del 21 de mayo de 2017, **RL-69**, párr. 540 (“*It is undeniable that ‘the doctrine of abuse has a role to play in the context of certain forms of conduct in investment arbitration’, as Prof. Dolzer, the Claimant’s international law expert, recognized at the Hearing. The doctrine of abuse of rights prohibits the exercise of a right for purposes other than those for which the right was established [...]*”).

²⁵³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 184.

²⁵⁴ Y. Shany, “Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts”, Oxford University Press, 2007 (extractos), **RL-32**, págs. 192-193.

193. Lo anterior confirma que, aun si el Tribunal decidiera que tiene *jurisdicción prima facie* para pronunciarse sobre los reclamos contractuales de las Demandantes, dichos reclamos igual deberían ser rechazados porque están sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos. El Tribunal no puede reescribir el Tratado ni el Contrato.

3.3 La Contestación sobre las Objeciones confirma que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre reclamos en contra de la conducta de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia

194. Además de presentar reclamos contractuales, las Demandantes insisten en que la Corte de Constitucionalidad habría incurrido en una serie de violaciones del Tratado y del derecho internacional que, *prima facie*, no pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado²⁵⁵.

195. En su Contestación sobre las Objeciones, las Demandantes alegan que la objeción del Estado implicaría “forzar una fase de fondo anticipada”²⁵⁶, principalmente, porque “la determinación de si hubo o no una denegación de justicia trae a colación cuestiones de hecho referidas al desarrollo del proceso de constitucionalidad que conllevó a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013”²⁵⁷. Sin embargo, el Estado, en ningún momento, ha alegado que el Tribunal deba analizar, en esta fase, si la conducta de la Corte de Constitucionalidad constituye o no una denegación de justicia.

196. Lo que el Estado alega es que el Tribunal no tiene jurisdicción, *prima facie*, para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia. Éste es un análisis netamente jurídico que no requiere ningún análisis de los hechos del caso.

197. Como explicó el Estado en las Objeciones, la razón detrás de esta regla es sencilla: las decisiones de las cortes domésticas, que interpretan y aplican el derecho doméstico, no pueden constituir un ilícito internacional, a excepción de una denegación de justicia. Este principio ha sido reconocido

²⁵⁵ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, párrs. 441, 458 y 465. Según lo indicado en la Contestación, el Estado toma nota de que las actuaciones del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Civil y del Tribunal Contencioso Administrativo no constituyen “Medidas del Estado impugnadas como violaciones del Tratado en este arbitraje”. Ver, Contestación de la Demandantes a las Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 190.

²⁵⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 208.

²⁵⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 208.

desde principios del siglo XX²⁵⁸ y, hoy en día, sigue siendo la piedra angular del análisis de reclamos internacionales en contra de decisiones judiciales domésticas²⁵⁹. En palabras del tribunal en *Jan de Nul c. Egipto*, cuando una decisión judicial “*lies at the core*” de la supuesta violación del Tratado, “*the relevant standards to trigger State responsibility [...] are the standards of denial of justice, including the requirement of exhaustion of local remedies. [...] Holding otherwise would allow [claimant] to circumvent the standards of denial of justice*”²⁶⁰.

198. En defensa de su posición, las Demandantes alegan que “[l]as medidas del Poder Judicial no revisten un blindaje adicional, limitado a reclamos de denegación de justicia”²⁶¹. Por consiguiente, las Demandantes insisten en que las decisiones de las cortes podrían violar el derecho internacional, al menos, de tres maneras (y no sólo a través de una denegación de justicia²⁶²): (i) a través de “una resolución de un tribunal nacional claramente incompatible con las normas de derecho internacional”; (ii) a través de una denegación de justicia; y, excepcionalmente, (iii) a través de una “decisión judicial contraria a la legislación municipal”²⁶³.
199. La posición de las Demandantes no puede prosperar por, al menos, las siguientes tres razones:

²⁵⁸ *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 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 proviso, 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 (extractos), **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”).

²⁵⁹ Ver, Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 77.

²⁶⁰ *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB 04 13, Laudo del 6 de noviembre de 2008, **RL-71**, párr. 191.

²⁶¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 193.

²⁶² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 195, citando a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, Vol. 159-1, Recueil Des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law del 1 de enero de 1978, **CL-186**, págs. 278-279.

²⁶³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 195, citando a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, Vol. 159-1, Recueil Des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law del 1 de enero de 1978, **CL-186**, págs. 278-279.

200. *En primer lugar*, la posición de las Demandantes confunde el estándar aplicable a las decisiones judiciales que violan directamente una norma de derecho internacional (e.g., como las limitaciones territoriales de los Estados o la prohibición de la tortura)²⁶⁴ y el estándar aplicable a las decisiones judiciales que simplemente interpretan y aplican el derecho doméstico (independientemente de que la demandante cuestione o no el fondo de la decisión bajo el respectivo derecho doméstico).
201. En este último caso, tal y como concluyó la mayoría del tribunal en *América Móvil c. Colombia*, “*es unánimemente reconocido*” que las decisiones judiciales sólo pueden ser cuestionadas por los tribunales internacionales “*en situaciones excepcionales*” que, para todos los efectos prácticos, equivalen a una denegación de justicia²⁶⁵. La razón de ser de esta regla fue explicada en términos sencillos por el Profesor Paulsson: “[s]ubstantive rights under national law [...] are created by the state, and are subject to the sovereign authority to legislate, and to interpret. Therefore, **the dismissal of a claim of right under national law by the properly constituted national authority, whether correct or incorrect as a matter of national law (as previously or subsequently understood), does not give rise to an international delict unless there has been a violation of due process as defined by international standards**”²⁶⁶.
202. La jurisprudencia más reciente en arbitraje de inversión confirma la aplicación de esta regla tanto en casos de expropiación como supuestas violaciones al trato justo y equitativo. El tribunal en *Krederi*, por ejemplo, concluyó que “[i]n order to avoid a situation whereby any title annulment would constitute indirect expropriation or a measure tantamount to expropriation it is therefore necessary to ascertain whether an additional element of procedural illegality or denial of justice was present. Only then may a judicial decision be qualified as a measure constituting or amounting to expropriation”²⁶⁷. De igual forma, el tribunal en *Lidercon* (cuyo Presidente fue

²⁶⁴ *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021, **RL-72**, párr. 347 (refiriéndose, por ejemplo, a las decisiones que no respetan las limitaciones de la jurisdicción territorial del Estado, violan normas en materia de derechos humanos o de prohibición de la tortura o, en dicho caso, y cito “*una sentencia que violara una regla de una hipotética convención internacional sobre telecomunicaciones que obligara a los estados contratantes a acordar un determinado tratamiento a los activos utilizados por los operadores*”).

²⁶⁵ *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021, **RL-72**, párr. 351 (en particular, “*si la decisión del juez nacional es ‘arbitrary or irrational’, ‘outrageously wrong’ o ‘misapplied the law in such an egregiously wrong way, that no honest, competent court could have possibly done so’, es ‘an egregious error amounting to abject failure of justice’ o hizo una ‘aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa’*”).

²⁶⁶ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press (2005), **RL-70**, pág. 254.

²⁶⁷ *Krederi Ltd. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018, **CL-055**, párr. 713 (el resaltado es nuestro).

Paulsson) confirmó que “[j]udgments or other decisions having tantamount to judicial effect constitute a breach of the fair and equitable treatment standards attributable to the State of which the adjudicatory body is a part only if they were the result of a failure of due process, or if the decision is so deficient as to constitute a decision which no reasonably competent court could have reached, and therefore a denial of justice”²⁶⁸.

203. En este mismo sentido se pronunciaron, entre otros, los tribunales en *Azinian c. México*, *IC Power c. Guatemala*, *OI European c. Venezuela*, *Parkerings c. Lituania* y *Pawlowski c. Polonia*²⁶⁹. Los intentos de las Demandantes por restarle importancia a estos casos no resisten un análisis serio²⁷⁰.

²⁶⁸ *Lidercón, S.L. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/17/9, Laudo del 6 de marzo de 2020, **RL-73**, párr. 266 (el resaltado es nuestro).

²⁶⁹ *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; *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 the conduct of the Criminal Court”); *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 *Pawlowski 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”).

²⁷⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 201: **Primero**, las Demandantes alegan que la decisión del tribunal en *Azinian c. México* sería irrelevante, porque el tribunal supuestamente sólo habría analizado “si la aplicación incorrecta del derecho doméstico por cortes domésticas pudiera violar el derecho internacional”. Esto no es cierto. En palabras del propio tribunal, la cuestión era determinar las circunstancias en que “las decisiones mismas de los tribunales mexicanos [podían] infringir las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once [del NAFTA]” (párr. 97). **Segundo**, las Demandantes alegan que, según el tribunal de *IC Power c. Guatemala*, el estándar aplicable a las cortes domésticas era una cuestión del fondo del caso. Sin embargo, esto no desvirtúa que, según dicho tribunal, el estándar aplicable es el de denegación de justicia. **Tercero**, las Demandantes afirman que la decisión del tribunal en *Parkerings c. Lituania* es irrelevante, porque “la demandante no solo no realizó alegaciones de denegación de justicia, sino que no realizó ningún reclamo en contra de cortes locales”. Sin embargo, el tribunal expresamente se pronunció sobre el hecho de que las cortes hubieran rechazado ciertos reclamos del inversionista. Adicionalmente, como cuestión de principio, el tribunal aclaró 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” (párr. 313). **Cuarto**, las Demandantes indican que, según el tribunal de *OI European c. Venezuela*, “la denegación de justicia es una ‘especie’ que viola el TJE, pero no [...] la única forma en la que las cortes domésticas pueden incurrir en responsabilidad internacional”. Esto es falso. El tribunal indicó, sin ambages, que “el estándar internacional para valorar si una decisión judicial es conforme con la garantía de TJE es la denegación de justicia” (párr. 522). **Quinto**, las Demandantes alegan que en *Pawlowski c. República Checa*, “el tribunal expresamente concluyó que una expropiación ilegal puede provenir de ‘judicial decisions’”. Sin embargo, el Estado en ningún momento ha negado este punto. El punto es que, para determinar si una decisión judicial constituye una expropiación, se requiere “an additional element of procedural illegality or denial of justice” (tal y como indicó el tribunal en *Krederi*, párr. 713). Además, el tribunal en *Pawlowski* expresamente indicó que, en ausencia de una denegación de justicia, la conducta de las cortes domésticas no podía constituir una violación del TJE.

204. *En segundo lugar*, el hecho de que las cortes domésticas puedan comprometer la responsabilidad internacional del Estado, al igual que los actos del ejecutivo o el legislativo, no desvirtúa la posición de Estado. De hecho, esto no está en disputa. Otra cuestión, sin embargo, son las circunstancias en las que la actuación de las cortes puede dar lugar a una violación del derecho internacional – las cuales deben tener en cuenta la naturaleza de la función judicial²⁷¹.
205. Para intentar justificar su posición, las Demandantes alegan que la posición del Estado “*llevaría al absurdo de afirmar que las cortes domésticas sólo están vinculadas por la obligación de no denegar justicia, bajo derecho internacional*”²⁷². Sin embargo, ésta no es más que otra tergiversación de los argumentos del Estado.
206. El Estado no niega que las cortes domésticas, al igual que los otros órganos del Estado, pueden violar distintas normas de derecho internacional (*i.e.*, los estándares de TJE y expropiación). El punto es que, para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad. El tribunal en *Krederi*, entre otros, fue claro en este punto cuando concluyó que una decisión judicial sólo podría constituir una expropiación “[*if*] an additional element of procedural illegality or denial of justice was present”²⁷³.
207. *En tercer lugar*, ninguna de las fuentes jurídicas de las Demandantes confirma que el Tribunal pueda pronunciarse sobre reclamos en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad²⁷⁴.

²⁷¹ *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; C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, 2ª Ed., Oxford University Press, 2017 (extractos), **RL-38**, párr. 7.109 (explicando 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*”).

²⁷² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 193.

²⁷³ *Krederi Ltd. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018, **CL-055**, párr. 713.

²⁷⁴ Ver, Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares de Guatemala, párrs. 197, 198 y 199, citando *Eli Lilly and Co. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final del 16 de marzo de 2017, **CL-138**, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, **CL-188**, *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo del 31 de octubre de 2012, **CL-189**, *Oil Field of Texas, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, (1986 No. 258-43-1), Iran-US Claims Tribunal Report, Laudo del 8 de octubre de 1986, **CL-190**, *ATA Construction*,

208. Primero, en el caso *ATA c. Jordania*, el tribunal concluyó que la decisión de la corte del Estado era ilegal porque constituía una violación de la Convención de Nueva York²⁷⁵ y no porque la Corte hubiera hecho una interpretación del derecho doméstico incompatible con los intereses del inversionista. De hecho, el tribunal aclaró que ninguna de las partes alegó que el pacto arbitral fuera per se “*null and void, inoperative or incapable of being performed*” bajo el derecho doméstico, caso en el cual el Estado no habría incurrido en una violación de la Convención de Nueva York²⁷⁶.
209. Segundo, si bien la mayoría del tribunal en *Infinito Gold c. Costa Rica* concluyó que, bajo el estándar autónomo del TJE, las decisiones de las cortes podían constituir una violación del derecho internacional (distinta de una denegación de justicia), todos los tres árbitros estuvieron de acuerdo en que, bajo el nivel mínimo de trato, el estándar aplicable era el de denegación de justicia²⁷⁷. En este caso, el Tratado es claro en que “*el concepto de ‘trato justo y equitativo’, no requiere un tratamiento adicional a aquel exigido por el nivel mínimo de trato [...] de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, ni crea derechos sustantivos adicionales*”²⁷⁸.
210. Adicionalmente, las Demandantes omiten mencionar que la decisión de la mayoría (con respecto a la interpretación del estándar autónomo de TJE) fue objeto de una opinión disidente por parte de la Prof. Stern, la cual correctamente advirtió que “*si se admitiera la violación por parte de un tribunal de un estándar de TJE menos exigente que una denegación de justicia, la denegación de justicia se convertiría en fútil y el concepto de denegación de justicia ya no tendría effet utile alguno. Más preocupante aún, tal como ya se mencionó, una revisión de las decisiones de los*

Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo del 18 de mayo de 2010, **CL-165**, *Mühendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República del Kirguistán*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo del 9 de septiembre de 2009, **CL-191**, *Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo del 30 de junio de 2009, **CL-192**, *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo del 3 de junio de 2021, **RL-40**.

²⁷⁵ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo del 18 de mayo de 2010, **CL-165**, párrs. 124-126.

²⁷⁶ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo del 18 de mayo de 2010, **CL-165**, párr. 128.

²⁷⁷ *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo del 3 de junio de 2021, **RL-40bis**, párr. 357 (“*Costa Rica y Canadá sostienen, fundamentalmente, que, a falta de una denegación de justicia, las decisiones judiciales que interpretan el derecho interno no pueden violar el derecho internacional y que las ‘reclamaciones de arbitrariedad o injusticia en el contexto de decisiones judiciales deben verse a través del lente de la denegación de justicia’ 532. El Tribunal coincide en que ese es el razonamiento al amparo del derecho internacional consuetudinario*”) (el resaltado es nuestro).

²⁷⁸ Guatemala y Honduras, Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, **C-0001**, art. 12.4.2(a).

*tribunales por un tribunal internacional, con el mismo estándar de TJE que aquel que se emplea para una revisión de decisiones legislativas o administrativas, abre la puerta a que los tribunales arbitrales internacionales desempeñen el papel de tribunales de apelación, lo cual es unánimemente considerado como algo ajeno a su función*²⁷⁹.

211. Por último, las decisiones de los tribunales en *Saipem, Karkey, Eli Lilly, Sistem, Deutsche Bank y Oil Fields* (las cuales concernían decisiones judiciales sobre asuntos de derecho doméstico) confirman que las sentencias de la Corte de Constitucionalidad no pueden ser violatorias del Tratado en ausencia de una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igualdad gravada.
212. Aunque formalmente estas decisiones no se refieren a reclamos por denegación de justicia, esto no significa que los respectivos tribunales hayan deshecho dos siglos de *jurisprudence constante* y modificado el estándar de deferencia que los tribunales internacionales le deben a las cortes domésticas en asuntos de derecho doméstico. Por el contrario, cada uno de estos casos confirma el carácter excepcional de los reclamos internacionales en contra de decisiones judiciales domésticas, y que los mismos sólo proceden cuando existen graves irregularidades que rodearon el proceso judicial o la decisión misma que, para todos los efectos prácticos, equivalen a una denegación de justicia²⁸⁰.

²⁷⁹ *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo del 3 de junio de 2021, **RL-40bis**, Opinión Separada de la Prof. Stern, párr. 109 (pág. 280 del PDF) (el resaltado es nuestro). Adicionalmente, cabe destacar que incluso la mayoría del tribunal indicó que no cualquier conducta de las cortes podía constituir una violación del estándar autónomo del TJE (como, por ejemplo, una decisión incoherente con el ejecutivo o una decisión irracional). En sus palabras, “*cuando se trata de sentencias judiciales [...] [l]a cuestión consiste en determinar si el tribunal decidió sobre la base del derecho que resultaba aplicable a los hechos ante sí*”. Ver, *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo del 3 de junio de 2021, **RL-40bis**, párr. 550. *Id.*, párr. 551.

²⁸⁰ **Primero**, en *Saipem c. Bangladesh*, lo determinante para el tribunal fueron las graves irregularidades en las que incurrieron las cortes de Bangladesh que, para todos los efectos prácticos, equivalían a una denegación de justicia, tal y como lo alegó la demandante. Así lo confirman varios comentaristas y la jurisprudencia arbitral (*Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo del 30 de junio de 2009, **CL-192**, párrs. 121, 155, 157, 159 y 183; *Swisslion DOO Skopje c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo del 6 de julio de 2012, **CL-015**, nota al pie. 377). **Segundo**, el tribunal en *Eli Lilly c. Canadá* explícitamente se abstuvo de decidir sobre la aplicabilidad o no de la regla de denegación de justicia. En cualquier caso, el tribunal expresamente aclaró que las cortes domésticas sólo pueden comprometer la responsabilidad del Estado en circunstancias muy excepcionales (“*in which there is clear evidence of egregious and shocking conduct*”), y aclaró que “[i]t is not the task of a NAFTA Chapter Eleven tribunal to review the findings of the national courts and considerable deference is to be accorded to the conduct and decisions of such courts” (*Eli Lilly and Co. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final del 16 de marzo de 2017, **CL-138**, párrs. 223-226). Este mismo enfoque fue adoptado por el tribunal en *Karkey c. Pakistán*, el cual aclaró que, excepcionalmente, las decisiones arbitrarias son contrarias al derecho internacional, lo cual, para todos los efectos prácticos, también hace parte del estándar de denegación de justicia y de las garantías del debido proceso (*Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, **CL-188**, párr. 550). **Tercero**, los hechos del caso en *Sistem c. Kirguistán* implicaban serias irregularidades por parte del Estado. La decisión de la corte cuestionada por el inversionista había sido dictada en circunstancias sospechosas luego de una revolución en Kirguistán y de que un

213. 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 la Corte de Constitucionalidad que no se refieren a una denegación de justicia o, a lo sumo, a un error procesal de igual gravedad.
4. **LA CONTESTACIÓN SOBRE LAS OBJECIONES CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS QUE LAS DEMANDANTES YA ELIGIERON SOMETER ANTE LOS TRIBUNALES COMPETENTES DE GUATEMALA**
214. Como explicó el Estado en sus Objeciones, el artículo 12.22.2 del Tratado prevé que, “[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”²⁸¹ (la “Cláusula de Elección Definitiva”).
215. Las Demandantes no refutan que, bajo la Cláusula de Elección Definitiva, la decisión del inversionista de iniciar un procedimiento ante un tribunal competente es definitiva y, por ende, no puede someter el mismo reclamo a cualquiera de los procedimientos arbitrales previstos en el artículo 12.18.5 del Tratado²⁸².
216. Guatemala explicó que, para determinar si debe aplicarse la Cláusula de Elección Definitiva, múltiples tribunales han coincidido en que no es relevante que se cumpla el test de la triple identidad, sino que debe analizarse si las respectivas demandas comparten la misma base

ex representante de uno de los socios del inversionista hubiese tomado control por la fuerza de la inversión hotelera con el supuesto apoyo de fuerzas del Estado. Por ello, no es extraño que el tribunal haya sido enfático en afirmar que su conclusión se limita a las circunstancias específicas y particulares del caso (*Mühendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República del Kirguistán*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo del 9 de septiembre de 2009, **CL-191**, párrs. 97, 128, 204). **Cuatro**, las decisiones de los tribunales en *Deutsche Bank c. Sri Lanka* y *Oil Fields c. Irán* tan sólo confirman que las cortes domésticas pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado cuando incurren en graves violaciones del derecho al debido proceso del inversionista, i.e. “*offend judicial propriety*” (*Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo del 31 de octubre de 2012, **CL-189**, párrs. 420 y 476-480; *Oil Field of Texas, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, (1986 No. 258-43-1), Iran-US Claims Tribunal Report, Laudo del 8 de octubre de 1986, **CL-190**, párrs. 41 y 43).

²⁸¹ 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. 12.22.2 (el resaltado es nuestro).

²⁸² Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 80 y Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Sección IV(C).

fundamental²⁸³. Bajo este estándar, como explicamos en las Objeciones²⁸⁴, el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos derivados de las siguientes cuatro medidas (por haber sido objeto de reclamo ante las cortes domésticas):

- a. La supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas;
- b. El supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala;
- c. El supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Sumpango; y
- d. La imposición por parte de la Municipalidad de Cantel de criterios supuestamente arbitrarios para el otorgamiento de una licencia de construcción.

217. Esto merece dos comentarios preliminares:

218. *Por un lado*, Guatemala toma nota de que las medidas relativas al supuesto rechazo arbitrario de las licencias de construcción por parte de las Municipalidades de Cantel y Sumpango “***ni siquiera son objeto del presente arbitraje***, sino que se trata de actos citados por las Demandantes como *antecedentes*”²⁸⁵. Por lo tanto, como lo confirma el Apéndice 1 (actualizado) que aportaron las

²⁸³ *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 (“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”) (el resaltado es nuestro); *Pantehniki S.A. Contractors c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo del 30 de julio de 2009, **RL-47**, párr. 61 (“[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”) (el resaltado es nuestro).

²⁸⁴ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párrs. 84-96.

²⁸⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 233.

Demandantes²⁸⁶, **éstas aceptan que las conductas de estas Municipalidades respecto al otorgamiento de esas licencias de construcción no son violatorias del Tratado.**

219. *Por otro lado*, como explicamos en la Sección 2.2 *supra* y en el Anexo A (actualizado)²⁸⁷, **cualquier reclamo por el rechazo arbitrario de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala ha prescrito.** Por lo tanto, de entrada, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre esta conducta.

220. Hechas estas aclaraciones, las Demandantes sostienen – erróneamente – que:

- a. La Cláusula de Elección Definitiva otorga dos opciones al inversionista (*i.e.*, “(i) *haber iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión; o (ii) haber ‘notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18(5)’*”²⁸⁸) y sólo se activa cuando el inversionista inicia “*ante un tribunal competente*” un procedimiento relativo a violaciones de los estándares de protección previstos en la Sección A del Tratado;
- b. El test aplicable a la Cláusula de la Elección de Vía es el de la triple identidad – y no el de la misma base fundamental y, en cualquier caso;
- c. La Cláusula de la Elección de Vía no es aplicable a los dos procedimientos iniciados por TRECSA ante las cortes guatemaltecas relativos a las conductas de las Municipalidades de Antigua Guatemala y Santa Lucía Milpas Altas²⁸⁹.

221. *En primer lugar*, no es cierto que la Cláusula de Elección Definitiva (i) prevea dos opciones de resolución de controversias para el inversionista y (ii) sólo se active cuando el inversionista inicia un procedimiento ante las cortes domésticas alegando una violación de los estándares previstos en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.

²⁸⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Apéndice 1 (actualizado), págs. 29-31 (Sumpango) y 36-37 (Cantel). En este Apéndice consta que todos los hechos relacionados con el supuesto rechazo arbitrario de las licencias de construcción son calificados simplemente de “*Antecedentes Relevantes*”.

²⁸⁷ Anexo A (actualizado) de la Réplica sobre Objeciones Preliminares de Guatemala, numeral 9.

²⁸⁸ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 217.

²⁸⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 213-239.

222. Las Partes coinciden en que, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”²⁹⁰. Bajo este artículo, como explica el reconocido Juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, Charles N. Brower, “*one must look first to the plain language while ensuring that the meaning derived from the Treaty’s terms is consistent with the rest of the Treaty’s text*”²⁹¹. Al interpretar el Tratado conforme a esta regla, el Tribunal podrá constatar que la interpretación que proponen las Demandantes no tiene fundamento alguno.
223. Primero, las Demandantes tergiversan el objetivo del artículo 12.22.2 del Tratado, pues éste no ofrece “opciones al inversionista” para resolver una disputa relativa a una violación de la Sección A. El artículo 12.22.2 prevé “***Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes***”²⁹². Las opciones que brinda el Tratado para resolver reclamaciones relativas a violaciones de la Sección A están en un artículo distinto, el 12.18.5²⁹³. Ahí, dentro de las “opciones del inversionista”, no se mencionan los “tribunal[es] competente[s] de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión”²⁹⁴.
224. La lógica del Tratado es que, cuando el inversionista ha decidido controvertir una medida del Estado ante las cortes competentes, no puede pretender llevar esa misma medida a un tribunal arbitral bajo el Tratado (que no es una corte de apelación). Lo único que podría hacer, conforme al artículo 12.18.2 del Tratado²⁹⁵, es reclamar en contra de la decisión de la corte si considera que

²⁹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1 de enero de 1969, **CL-193**, art. 31.

²⁹¹ *HICEE c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011, **RL-74**, párr. 5 (el resaltado es nuestro).

²⁹² 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.

²⁹³ 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. 12.18.5 (“*Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de nueve (9) meses contados a partir de la fecha de la comunicación escrita mencionada en el Artículo 12.17, la controversia podrá someterse, a elección del inversionista, a: (a) un tribunal de arbitraje ad-hoc que, salvo que las partes contendientes acordaren lo contrario, se establecerá de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del CNUDMI; o (b) el Convenio del CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, siempre que el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI; o (c) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI siempre que el demandado o la Parte del demandante, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI; o (d) un tribunal de arbitraje bajo otra institución de arbitraje o bajo otras reglas de arbitraje, acordados por las Partes*”).

²⁹⁴ 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. 12.22.2 (el resaltado es nuestro).

²⁹⁵ 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. 12.18.2 (“*2. Para someter una reclamación a arbitraje bajo este Capítulo*

ésta constituye una denegación de justicia y, por ende, vulnera el estándar de Trato Justo y Equitativo.

225. Segundo, no es cierto que, dado que “*el artículo 12.8.5 (citado en relación a los procedimientos arbitrales) solo se refiere a controversias relativas a violaciones de la Sección A del Tratado*”, entonces “*la opción que tiene el inversionista necesariamente involucra someter reclamos de violación de la Sección A ya sea ante tribunales locales, o ante arbitraje internacional*”²⁹⁶.
226. Una simple lectura de la Cláusula de Elección Definitiva que nos ocupa muestra que su “*plain language*”²⁹⁷ no requiere que el “*procedimiento ante un tribunal competente en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión*” deba versar **necesariamente** sobre una violación de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.
227. Esto contrasta, por ejemplo, con el lenguaje del DR-CAFTA, en el cual las partes (incluida Guatemala) pactaron que un inversionista estadounidense no puede someter a arbitraje una reclamación si “*éste ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana*”²⁹⁸. Esto, por sí solo, es suficiente para desestimar el argumento de que “*la opción que tiene el inversionista necesariamente involucra someter reclamos de violación de la Sección A [...] ante tribunales locales*”²⁹⁹.
228. En cualquier caso, incluso si el Tribunal encontrara que esto es insuficiente para desestimar la posición de las Demandantes (*quod non*), su interpretación no es “*consistent with the rest of the Treaty’s text*”³⁰⁰. Conforme al artículo 12.18.4 del Tratado, cuando “*una controversia relativa a*

fundamentada en que el demandado haya incumplido su obligación de no denegar justicia y por consiguiente no haya otorgado un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, el inversionista deberá haber agotado los recursos internos jurisdiccionales, salvo que: (a) no exista en la legislación interna de la Parte un recurso para la protección del derecho que se alega ha sido violado; o en caso de que exista recurso, no se garantice el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; (b) no se haya permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotarlos; o (c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”).

²⁹⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 217 (el resaltado es nuestro).

²⁹⁷ *HICEE c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011, **RL-74**, párr. 5.

²⁹⁸ DR-CAFTA (Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana) del 5 de agosto de 2004, **CL-133**, Anexo 10-E(1)(b).

²⁹⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 217 (el resaltado es nuestro).

³⁰⁰ *HICEE c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011, **RL-74**, párr. 5 (el resaltado es nuestro).

la inversión” no puede solucionarse “mediante consultas y negociaciones”, el inversionista puede “someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue [...] que el demandado ha incumplido una obligación de conformidad con la Sección A [del Capítulo 12 del Tratado]”³⁰¹.

229. No está en disputa que, conforme a este artículo, **los arbitrajes bajo el Tratado** conciernen exclusivamente la violación de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado³⁰². Sin embargo, contrario a lo que pretenden las Demandantes, esta condición no se extiende a “un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión”³⁰³. Esto se justifica en que no tendría sentido limitar, por vía del Tratado, las disputas que los inversionistas pueden someter ante las cortes domésticas a aquellas que versen sobre la violación de la Sección A del Capítulo 12 del Tratado.
230. Por lo demás, el laudo de *AES Solar c. España* – que aportan las Demandantes sobre este asunto – confirma la posición del Estado. Es cierto que, en dicho laudo, el tribunal concluyó que, para aplicar la cláusula de elección de vía, la controversia sometida ante las cortes locales o el tribunal internacional “debe constituir un supuesto incumplimiento de la Parte III del [Tratado sobre la Carta de la Energía]”³⁰⁴. Las Demandantes, sin embargo, omiten – convenientemente – que dicho tratado se refiere expresamente a la posibilidad de iniciar “ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante” controversias “respecto al supuesto incumplimiento por parte de [l] Estado de una obligación derivada de la Parte III del [tratado]”³⁰⁵. Bajo el artículo 26(3)(b)(i) de dicho tratado, la cláusula de elección de vía sólo se aplica a dichos

³⁰¹ 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.b.

³⁰² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 216 y Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párrs. 7 y 25-26.

³⁰³ 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. 12.22.2.

³⁰⁴ *AES Solar y otros (PV Investors) c. El Reino de España*, Caso CPA No. 2012-14, Laudo Preliminar sobre Jurisdicción del 13 de octubre de 2014, CL-164, párr. 324 (viñeta 2).

³⁰⁵ Tratado sobre la Carta de la Energía del 17 de diciembre de 1994, RL-75, art. 26 (“1. En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquella de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera. 2. Si dichas controversias no pueden resolverse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución: a) Ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o b) De acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o c) De acuerdo con los siguientes apartados del presente artículo”).

procedimientos³⁰⁶ y, por ende, tiene sentido que dicha cláusula sólo se aplique a controversias sometidas ante las cortes domésticas respecto al incumplimiento del tratado³⁰⁷. Tal delimitación, sencillamente, no existe en el Tratado y, por ende, aceptar la interpretación de las Demandantes sería “*patently anomalous or incongruous, or even absurd*”³⁰⁸.

231. De hecho, el artículo 12.18.7 del Tratado – al que se refieren las Demandantes³⁰⁹ – confirma que, tratándose de procedimientos ante las cortes domésticas que pueden potencialmente “competir” con un arbitraje bajo el Tratado, las partes contratantes buscaron proteger al Estado de tener que litigar en múltiples procedimientos y diversos foros **sobre la misma medida** que, en el arbitraje, se alega violatoria del Tratado. Bajo el artículo 12.18.7:

*[n]inguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a [la] Sección [A], a menos de que [...] la solicitud de arbitraje esté acompañada de las renunciaciones por el escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este artículo [...] de cualquier derecho a iniciar ante **cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte [...] cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo***³¹⁰.

232. Por un lado, a diferencia de lo que alegan las Demandantes³¹¹, este artículo, al igual que la Cláusula de Elección Definitiva, no requiere que, en los procedimientos paralelos, la base jurídica para reclamar en contra de la medida en cuestión sea una violación de la Sección A del Tratado. El objetivo de esta cláusula es evitar que los inversionistas acudan a dos foros distintos para discutir la misma medida y obtengan – eventualmente – “*a second bite at the cherry*”.
233. Sobre este punto, vale la pena referirse al análisis realizado por el tribunal en *Waste Management c. México (I)* al interpretar la cláusula de renuncia a acciones locales contenida en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“**TLCAN**”). En ese caso, la demandante delimitó sus

³⁰⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía del 17 de diciembre de 1994, **RL-75**, art. 26(3)(b)(i) (“*Las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID no darán su consentimiento incondicional en el caso de que el inversor haya recurrido previamente a los procedimientos indicados en las letras a) o b) del apartado 2*”).

³⁰⁷ Tratado sobre la Carta de la Energía del 17 de diciembre de 1994, **RL-75**, art. 26(3)(b)(i).

³⁰⁸ *HICEE c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011, **RL-74**, párr. 10 (“*Where alternative "ordinary" interpretations in application of VCLT Article 31 yield real-world results that are as to one perfectly sensible **and as to the other patently anomalous or incongruous, or even absurd, the proper result would be to exclude the latter in favor of the former***”) (el resaltado es nuestro).

³⁰⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 218.

³¹⁰ 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. 12.18.7 (el resaltado es nuestro).

³¹¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 220.

renuncias a aquellos procedimientos ante las cortes domésticas en los que estuviera alegando expresamente el incumplimiento del Capítulo 12 del TLCAN³¹². Según la demandante, ésta actuó conforme a los términos de su renuncia, pues, en los procedimientos locales, su filial “no invocó expresamente los preceptos del TLCAN que consideraba infringidos ante otros foros”³¹³.

234. El tribunal desestimó la interpretación de la demandante, pues ésta contradecía “el espíritu e intencionalidad de la citada renuncia que proscribe expresamente la iniciación o continuación de procedimientos conforme al derecho de cualquiera de las partes respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el artículo 1116 del TLCAN”³¹⁴. En otras palabras, la renuncia de la demandante no era válida, pues no era suficiente que ésta versara sobre los procedimientos en los que se alegaba la violación del TLCAN, sino que debía cobijar todos los procesos que tuvieran “*su fundamento legal en las medidas*” alegadas en el arbitraje internacional. De lo contrario, existía el riesgo de una “*indebida duplicidad de procedimientos por una misma causa*”³¹⁵, lo cual contradecía el espíritu de la figura de la renuncia.
235. *Por otro lado*, las Demandantes intentan crear confusión cuando afirman que “*el hecho de que se tenga que renunciar a iniciar algún procedimiento implica que la parte demandante pudo haber iniciado anteriormente algún procedimiento ‘ante algún tribunal judicial o administrativo’ sin que esto haya constituido la elección de la vía doméstica.*”³¹⁶.

³¹² Dicha renuncia fue realizada en los siguientes términos (“*Notificación de solicitud de arbitraje de fecha 22 de julio de 1998: “... Sin embargo, esta renuncia no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el demandado haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las leyes de México ...” Notificación de solicitud de arbitraje de fecha 29 de septiembre de 1999: Los Demandantes, por la presente, declaran su entendimiento que la renuncia anteriormente mencionada no aplica a ningún procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por cualquier fuente de ley, incluyendo las leyes de México, salvo del Capítulo 11 de TLCAN*”). Ver *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (mecanismo complementario), Laudo del 2 de junio de 2000, **RL-76**, párr. 27.

³¹³ *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (mecanismo complementario), Laudo del 2 de junio de 2000, **RL-76**, párr. 27 (“*la parte demandante habría actuado conforme a los términos en que planteó su renuncia ya que, efectivamente, ACAVERDE no invocó expresamente los preceptos del TLCAN que consideraba infringidos ante otros foros, sino que haciendo uso de los instrumentos internos que le ofrecía la legislación mexicana interpuso diversas demandas de reclamación de cantidad por impago de facturas e incumplimientos de diversas obligaciones de un contrato de línea de crédito y de un contrato de Concesión, actuaciones éstas que consideraba “permitidas” a tenor de su propia interpretación de la referida renuncia*”) (el resaltado es nuestro).

³¹⁴ *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (mecanismo complementario), Laudo del 2 de junio de 2000, **RL-76**, párr. 28.

³¹⁵ *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (mecanismo complementario), Laudo del 2 de junio de 2000, **RL-76**, párr. 28.

³¹⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 219 (viñeta 1).

236. Este argumento parte de la premisa errada de que la renuncia prevista en el artículo 12.18.7 del Tratado se aplica – o puede aplicarse – a reclamos que el inversionista decidió someter irrevocablemente ante las cortes domésticas conforme al artículo 12.22.2 del Tratado. El artículo 12.18.7 establece que, para someter su reclamación a arbitraje, el inversionista debe renunciar a **“cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal’ cualquier conducta respecto de cualquier medida que se haya alegado”**³¹⁷ violatoria del Tratado. En otras palabras, está renunciado a someter, **a futuro**, reclamos ante las cortes domésticas que ya fueron sometidos al arbitraje. Sin embargo, esto no se aplica a reclamos que **ya** fueron sometidos a las cortes domésticas, y sobre los cuales el Tribunal carece de jurisdicción según lo dispuesto en el artículo 12.22.2 del Tratado. Son dos supuestos distintos.
237. Muestra de que el argumento de las Demandantes no tiene fundamento alguno es que la renuncia debe versar sobre **“cualquier derecho a iniciar”** y no, por ejemplo, al **“derecho a continuar”** con los procedimientos ya sometidos ante las cortes domésticas. De haber las partes considerado que dicha renuncia versaba sobre los procedimientos previamente sometidos ante las cortes domésticas, así lo habrían pactado expresamente, como lo hizo Guatemala, por ejemplo, en el DR-CAFTA³¹⁸. Sin embargo, no lo hicieron.
238. *En segundo lugar*, para la aplicación de la Cláusula de Elección Definitiva, no es necesario que se cumpla el test de la triple identidad, sino que debe determinarse si las respectivas demandas comparten la misma base fundamental.
239. De entrada, el Estado debe aclarar que, contrario a lo que sugieren las Demandantes, la posición de Guatemala no es que la cláusula de la Cláusula de Elección Definitiva se active con **“cualquier tema de derecho doméstico o cualquier tema relacionado con la inversión”**³¹⁹. Esto es falso. Dicha cláusula se activa cuando ambos reclamos comparten la misma base fundamental.

³¹⁷ 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. 12.18.7.

³¹⁸ DR-CAFTA (Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana) del 5 de agosto de 2004, CL-133, art. 10.18.2 (“2. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: [...] b) la notificación de arbitraje se acompañe, de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”).

³¹⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 215.

240. Dicho esto, no es cierto que los tribunales internacionales hayan rechazado consistentemente el test de la misma base fundamental³²⁰. Este test ha sido adoptado – crecientemente – por numerosos tribunales internacionales³²¹ debido, esencialmente, a que el test de la triple identidad, desarrollado en el contexto de las figuras de *res judicata* y *lis pendens*, suele desproveer de efecto útil las cláusulas de elección de vía y no se ajusta a la realidad de los arbitrajes de inversión.
241. Al respecto, el tribunal en *Supervisión Control c. Costa Rica* explicó que “***the strict application of the triple identity test* (same parties; same object; and same normative source) applied by some investment tribunals remove all legal effects from fork in road clauses, which contravenes the *effet utile* principle applicable to the interpretation of treaties**”³²². La improcedencia de este test, en palabras del tribunal en *H&H c. Egipto*, se justifica en que “*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***”³²³.
242. Este caso es un ejemplo perfecto de por qué el test de la triple identidad privaría a la Cláusula de Elección Definitiva de todo “*effet utile*”³²⁴. Por definición, cualquier procedimiento ante las cortes

³²⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 230.

³²¹ 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 (“*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*”) (el resaltado es nuestro); *Pantehniki S.A. Contractors c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo del 30 de julio de 2009, **RL-47**, párr. 61 (“[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”) (el resaltado es nuestro). *Supervisión y Control, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo del 18 de enero de 2017, **RL-77**, párr. 330.

³²² *Supervisión y Control, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo del 18 de enero de 2017, **RL-77**, párr. 330.

³²³ *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**, párr. 367 (el resaltado es nuestro).

³²⁴ *Supervisión y Control, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo del 18 de enero de 2017, **RL-77**, párr. 330.

guatemaltecas “[would] involve different parties”³²⁵ de las de este arbitraje (*i.e.*, por un lado, el Estado, y, por el otro lado, TRECSA y el GEB), pues, al ser TRECSA la filial de GEB (empresa colombiana) en Guatemala, todos los procedimientos ante las cortes domésticas guatemaltecas relacionados al Proyecto sólo han involucrado – y sólo pueden involucrar³²⁶ – a TRECSA (y no al GEB).

243. Por lo tanto, si el Tribunal aplica el test de la triple identidad, permitiría que, por su estructura societaria, las Demandantes escapen abusivamente a la aplicación de la Cláusula de Elección Definitiva. Esto no sólo sería contrario a la buena fe, sino atentaría contra el objetivo del Tratado de “crear procedimientos eficaces para la ejecución y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias”³²⁷.
244. *En tercer lugar*, los reclamos presentados por TRECSA ante las cortes domésticas por (i) la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada por el Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas y (ii) el supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala comparten la misma base fundamental de los reclamos presentados por las Demandantes en este arbitraje en contra de dichas conductas.
245. Como explicó el Estado en las Objeciones³²⁸, 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 ni, contrario a lo que sugieren las Demandantes³²⁹, a que el monto de los daños reclamados en ambos procesos sea el mismo. Sobre este punto, el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay* explicó que:

³²⁵ *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**, párr. 367.

³²⁶ Al respecto, debe mencionarse que, según lo previsto en el 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**, (“[e]l **CONSORCIO EEB EDM PROYECTO GUATEMALA** [...], en cumplimiento de lo establecido en las Bases de la Licitación actúa por medio de la entidad TRANSPORTADORA DE ENERGÍA DE CENTROAMÉRICA, SOCIEDAD ANÓNIMA”).

³²⁷ 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. 1(e) (el resaltado es nuestro).

³²⁸ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 83.

³²⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 228 – 229 y 234. Si bien el Profesor Paulsonn constató que, tanto en el proceso administrativo como en el arbitraje, las Demandantes estaban reclamando el mismo monto por los daños, ello no puede constituir *per se* un requisito para que se aplica la Cláusula de Elección Definitiva, pues basta con que el inversionista varíe el monto reclamado (*e.g.* inflándolo) en el arbitraje de inversión para que no se aplique la cláusula.

[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 TBI³³⁰.

246. En un intento de acotar el test de la misma base fundamental, las Demandantes alegan que esta afirmación fue realizada en el contexto de la interpretación de una cláusula de agotamiento de recursos y, por ende, “*nada tiene que ver con el test aplicable a cláusulas de fork in the road*”³³¹. Esto es incorrecto. Para evaluar si se aplica la Cláusula de Elección Definitiva, debe determinarse, en palabras del tribunal en *Supervisión c. Costa Rica*, “*whether the proceeding before the local tribunals relate to the same dispute submitted to arbitration*”³³² o, en palabras del Profesor Paulson en *Pantechniki* (citado por las Demandantes)³³³, “*whether the same dispute has been submitted to both national and international fora*”³³⁴. Esto fue, precisamente, lo que hizo el tribunal en *Philipp Morris*: analizar si, en el contexto de la cláusula de agotamiento de recursos, el inversionista había sometido la misma disputa ante las cortes domésticas y el tribunal arbitral.
247. Entendiendo “**[e]l término ‘controversias’ [...] de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos**”³³⁵, en este caso, se cumple el test de la misma base fundamental para las disputas relativas a las dos conductas restantes:
248. Primero, respecto de la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada por el Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas, las Demandantes no disputan que, antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje N° 2³³⁶, las Demandantes recurrieron al Tribunal de lo

³³⁰ *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.

³³¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 230.

³³² *Supervisión y Control, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo del 18 de enero de 2017, **RL-77**, párr. 308.

³³³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 234 (viñeta 1).

³³⁴ *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.

³³⁵ *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.

³³⁶ Como explicó el Estado en las Objeciones (párr. 86), la Solicitud de Arbitraje N° 2 se aplica, según las propias Demandantes, a “*las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017*” (como las reclamadas en este caso).

Contencioso Administrativo para impugnar las actas mediante las cuales se materializó dicha suspensión – *i.e.*, el Acta 71-2019 del 22 de octubre de 2019 (el “**Acta 71-2019**”) que, luego de ser recurrida por TRECESA, fue confirmada por el Acta 88-2019 del 7 de noviembre de 2019 (el “**Acta 88-2019**”)³³⁷.

249. Como explicó el Estado en las Objeciones³³⁸, 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 de Santa Lucía Milpas Altas). Según las Demandantes, en este caso, no se cumpliría el test de la misma base fundamental, pues “*el proceso contencioso-administrativo consistía en la revocatoria de las actas municipales*”, mientras que “*la disputa en este arbitraje consiste en determinar si las Medidas del Estado violaron los estándares de protección previstos por el Tratado [...]*”³³⁹.
250. El argumento de las Demandantes, de entrada, parte de la premisa – incorrecta – de que **la única** manera de activar la Cláusula de Elección Definitiva es cuando el inversionista acude ante las cortes domésticas para “*determinar si las Medidas del Estado violaron los estándares previstos por el Tratado*”³⁴⁰. Esta interpretación, como explicamos *supra*, es contraria al texto y el contexto del Tratado y, por ende, debe ser rechazada *in limine*. En cualquier caso, la realidad es que “*ambas diferencias se refier[en] a hechos sustancialmente similares*” (*i.e.*, la supuesta ilegalidad de las Actas 71-2019 y 88-2019) y, por ende, se cumple el test de la misma base fundamental.
251. Prueba de ello es que el argumento central de ambos reclamos es el mismo, esto es, en palabras de las Demandantes, que, “[*c*]onforme los principios constitucionales de legalidad, certeza y seguridad jurídica, a la autoridad Municipalidad le es prohibido anular, invalidar o revocar una resolución o decisión administrativa salvo que esta sea revocada de oficio (cuando no ha sido consentida por la parte interesada o afectada) o declarada lesiva para los intereses del

³³⁷ Demanda de TRECESA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020, **R-1**, págs. 5-6.

³³⁸ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párrs. 85-87.

³³⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 234 (viñeta 1).

³⁴⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 234 (viñeta 1).

*Estado*³⁴¹. Al no cumplirse ninguno de estos requisitos, la suspensión, según las Demandantes, es ilegal³⁴².

252. Segundo, respecto del supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala, las Demandantes no disputan que, antes de las Solicitudes de Arbitraje, éstas recurrieron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para impugnar el Acta 51-2019 del 6 de junio de 2019 (el “**Acta 51-2019**”)³⁴³, mediante la cual se habría materializado dicho rechazo.
253. En las Objeciones³⁴⁴, el Estado explicó que tanto el reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el presentado en este arbitraje comparten la misma base fundamental (*i.e.*, la supuesta ilegalidad del Acta 51-2019). Ante esto, las Demandantes presentan *mutatis mutandis* las defensas planteadas respecto del reclamo en contra del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas³⁴⁵. Esta interpretación, como explicamos *supra*, es contraria al texto y el contexto del Tratado y, por ende, debe ser rechazada *in limine*. El punto, en cualquier caso, es que “*ambas diferencias se refier[en] a hechos sustancialmente similares*” (*i.e.*, la supuesta ilegalidad del Acta 51-2019), y, por ende, se cumple el test de la misma base fundamental.
254. Prueba de ello es que el argumento central de ambos reclamos es el mismo. En palabras de las Demandantes, el Concejo incurrió en múltiples “*arbitrariedades y abuso de autoridad*”, que incluían “*entre otras: (i) la ausencia de formación de un expediente administrativo; (ii) la ausencia de consideración de los antecedentes, evidencia, ni el contenido y actuaciones previas relacionadas con la solicitud de TRECSA; (iii) la ausencia de referencia a las normas legales o reglamentarias en que fundamentó su decisión (i.e. debida fundamentación); y (iv) la ausencia*

³⁴¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Apéndice 1 (Medidas Municipales) (actualizado), pág. 47. Ver también Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020, **R-1**, págs. 12 - 13 (“*por virtud de los principios constitucionales de legalidad, certeza y seguridad jurídica, le es prohibido al Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas, invalidar, anular o revocar una resolución o decisión administrativa, salvo que la misma sea: b. Revocada de oficio; o, c. Declarada lesiva para los intereses del Estado. [...] que al Concejo Municipal no le es dable la facultad de dejar sin efecto o validez un acto previo y firme y legalmente otorgado*”).

³⁴² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Apéndice 1 (Medidas Municipales) (actualizado), pág. 48. Ver también, Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020, **R-1**, págs. 12-13.

³⁴³ FM-A-219, **C-0400/JS-0175**. Ver también Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019, **R-3**.

³⁴⁴ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párrs. 88-90.

³⁴⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 234 (viñeta 2).

*de razonamiento de fondo, claras y precisas (i.e. debida motivación)*³⁴⁶. Por estos supuestos vicios, la suspensión, según las Demandantes, es ilegal³⁴⁷.

255. Por estos motivos, la Contestación sobre las Objeciones confirma que el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos previamente explicados para los cuales las Demandantes ya eligieron acudir ante las cortes domésticas guatemaltecas.

5. LA CONTESTACIÓN CONFIRMA QUE EL TRIBUNAL DEBE INADMITIR LOS RECLAMOS SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARA LOS CUALES LAS DEMANDANTES NO HAN AGOTADO LA VÍA GUBERNATIVA

256. El Estado explicó, en las Objeciones, que el artículo 12.18 del Tratado contiene una cláusula escalonada de controversias³⁴⁸. Una de las etapas de esta cláusula es la prevista en el artículo 12.18.1 en virtud del cual, “[t]ratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, **será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija**”³⁴⁹.

257. La admisibilidad de los reclamos en contra de actos administrativos está, por lo tanto, condicionada a que, antes de iniciar el arbitraje, las Demandantes hubiesen agotado la vía gubernativa o administrativa, cuando la legislación guatemalteca así lo exija. En las Objeciones³⁵⁰, el Estado explicó – **y las Demandantes no disputan** - que éstas no agotaron dicha vía para 18 actos administrativos que, según ellas, serían violatorios del Tratado y en contra de los cuales debía agotarse dicha vía conforme al Derecho guatemalteco. La conclusión es sencilla: los reclamos contra estos actos son inadmisibles.

258. Las Demandantes pretenden, en su Contestación sobre las Objeciones, confundir al Tribunal y revivir estos reclamos alegando, en esencia, que:

³⁴⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Apéndice 1 (Medidas Municipales) (actualizado), págs. 1-2. Estos argumentos son los mismos presentados en Demanda de TRECOSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019, **R-3**, págs. 12-13 y 16-17.

³⁴⁷ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, Apéndice 1 (Medidas Municipales) (actualizado), págs. 1-2. Demanda de TRECOSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019, **R-3**, págs. 12-13 y 16-17.

³⁴⁸ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 98.

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 104 y Anexo B.

- a. La potestad de Guatemala de requerir el agotamiento de la vía gubernativa para acceder al arbitraje del Tratado “cannot be considered as a requirement”³⁵¹ por sí mismo, pues depende de que Guatemala efectivamente establezca dicho requerimiento en su legislación doméstica³⁵²;
 - b. El artículo 12.18.1 del Tratado no es aplicable, pues la legislación guatemalteca no “exige] el agotamiento de recursos previo al sometimiento de una reclamación contra actos administrativos al arbitraje internacional previsto en el Tratado”³⁵³ y, en cualquier caso;
 - c. “cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca habría sido fútil”³⁵⁴.
259. *In limine*, como anticipamos, las Demandantes admiten que, pese a que (i) “la legislación guatemalteca efectivamente exige el agotamiento de los recursos administrativos de revocatoria o reposición”³⁵⁵, (ii) éstas no agotaron dichos recursos para ninguno de los actos administrativos descritos. Por consiguiente, toda la defensa de las Demandantes depende de probar que el agotamiento de la vía gubernativa **sólo** es exigible si la legislación guatemalteca prevé **expresamente** que el inversionista debe agotar la vía gubernativa, específicamente, para recurrir al arbitraje bajo el Tratado. Esto es incorrecto.
260. *En primer lugar*, contrario a lo que alegan las Demandantes³⁵⁶, la potestad de Guatemala de requerir el agotamiento de la vía gubernativa para acceder al arbitraje del Tratado ya está plasmada en el mismo Tratado, y, por ende, no requiere de una ley o norma especial doméstica que lo haga exigible.
261. Como explica el laudo de *Generation c. Ucrania*, citando a *Lanco c. Argentina* (ambos aportados por las Demandantes³⁵⁷), un Estado “may require the exhaustion of local remedies”, lo que “may

³⁵¹ IISD, Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017, CL-218, pág. 12.

³⁵² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 247.

³⁵³ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 254.

³⁵⁴ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 262.

³⁵⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 257.

³⁵⁶ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 247.

³⁵⁷ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003, CL-155; y *Lanco International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral del 8 de diciembre de 1998, CL-154.

*be made in a bilateral investment treaty that offers submission to ICSID arbitration*³⁵⁸. Esto fue precisamente lo que hicieron las partes del Tratado: condicionaron, en su artículo 12.18 del Tratado, la posibilidad de que los inversionistas sometan sus reclamos en contra de actos administrativos a que éstos agoten la vía gubernativa o administrativa cuando así lo exige la legislación doméstica. Esto es suficiente: no es necesario que, además, “*los Estados Parte*” establezcan dicho requisito “*en su ley doméstica*”³⁵⁹.

262. La doctrina que aportan las Demandantes lo confirma. Según el *International Institute for Sustainable Development* (“IISD”), “*several treaties require investors to pursue local remedies in the host state for a certain period*”³⁶⁰. Dentro de estos tratados, que “*require pursuit of local remedies*”, se encuentran “*many Colombian BITs provid[ing] for the exhaustion of administrative or judicial remedies as required by domestic law, but determine that the domestic procedures shall not exceed six months*”³⁶¹. El artículo 12.8 del Tratado es un ejemplo de estos acuerdos³⁶², y su similitud con el artículo IX.9 del modelo de tratados bilaterales de inversión de Colombia del año 2008 – que cita el artículo del IISD sobre este punto³⁶³ – lo confirma³⁶⁴.

³⁵⁸ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003, **CL-155**, párr. 13.5. Ver también *Lanco International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral del 8 de diciembre de 1998, **CL-154**, párr. 39.

³⁵⁹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 249.

³⁶⁰ IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017, **CL-218**, pág. 9.

³⁶¹ IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017, **CL-218**, pág. 11.

³⁶² 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 (“*1. Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija. Dicho agotamiento en ningún caso podrá exceder un plazo de seis (6) meses desde la fecha de su iniciación por el inversionista y no deberá impedir que el inversionista solicite las consultas referidas en el párrafo 3 del presente Artículo*”).

³⁶³ IISD, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017, **CL-218**, pág. 11 (“*Similarly, many Colombian BITs provide for the exhaustion of administrative or judicial remedies as required by domestic law, but determine that the domestic procedures shall not exceed six months at most (**Government of the Republic of Colombia, 2008, art. IX, para. 1**)*”) (el resaltado es nuestro).

³⁶⁴ Modelo de Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de la Inversiones de la República de Colombia (2008) (versión en inglés), **RL-78**, IX.9 (“*With regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration under this article or to a local court or an administrative tribunal, non-judicial administrative remedies shall be exhausted, should it be required by the law of the Contracting Party. Such procedure shall in no case exceed six months from the date of its initiation by the investor and shall not prevent the investor from requesting consultations as referred to in paragraph 3 of the present Article*”).

263. En su Contestación sobre las Objeciones³⁶⁵, las Demandantes intentan crear confusión tratando de enmarcar el Tratado dentro de aquellos que “[a]ffirm the States’ Right to Require Exhaustion of Local Remedies”³⁶⁶. Estos tratados, como explica la IISD, contienen una cláusula en la cual las partes, reproduciendo el lenguaje del artículo 26 del Convenio CIADI³⁶⁷, pactan que “[a] Contracting State **may require** the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention”³⁶⁸.
264. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 12.2 del TBI entre China y Uzbekistan, en virtud del cual, para someter una disputa a arbitraje, “[t]he other Contracting Party **has the right to require** the investor concerned to exhaust the domestic administrative review procedures specified by the laws and regulations of that Contracting Party”³⁶⁹. Como puede verse, este texto simplemente otorga al Estado el “right to require” el agotamiento de la vía gubernativa, lo cual difiere sustancialmente del artículo 12.18 del Tratado que establece un “requirement por sí mismo”³⁷⁰, sin que éste se encuentre condicionado a una acción adicional por parte del Estado (como, por ejemplo, la emisión de una ley doméstica). Esto, en sí, muestra que la interpretación de las Demandantes es insostenible.
265. *En segundo lugar*, si el Tribunal considerara que esto no es suficiente para desestimar la interpretación de las Demandantes (*quod non*), podrá fácilmente constatar que, para escapar a la aplicación del artículo 12.18 del Tratado, las Demandantes pretenden crear una distinción artificial entre los requisitos necesarios para acudir ante “el foro interno” o al “arbitraje [internacional]” cuando se presentan reclamos contra actos administrativos.

³⁶⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párrs. 247-249.

³⁶⁶ IISD, Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017, **CL-218**, pág. 12.

³⁶⁷ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, **CL-219**, art. 26 (“*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*”).

³⁶⁸ IISD, Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017, **CL-218**, (“*Possibly inspired by the ICSID Convention, the arbitration clauses of some treaties reproduce the language emphasized in the quote above*”), pág. 12.

³⁶⁹ Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República de Uzbekistán sobre la promoción y protección de las inversiones del 2011 (versión en inglés), **RL-79**, art. 12.2.

³⁷⁰ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 247.

266. La posición de las Demandantes puede resumirse así: bajo el artículo 12.8.1 del Tratado, si el inversionista pretende “*someter una reclamación al foro interno*”, sólo ésta obligado a agotar “*la vía gubernativa o administrativa*”, si la legislación interna exige expresamente que debe hacerlo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, si el inversionista pretende “*someter su reclamación [...] al arbitraje*”, sólo está obligado a agotar “*la vía gubernativa o administrativa*”, si la legislación interna exige expresamente “*el agotamiento de recursos previo al sometimiento de una reclamación contra actos administrativos al arbitraje internacional previsto en el Tratado*”³⁷¹.
267. Esto es absurdo. Bajo la interpretación de las Demandantes, los Estados parte del Tratado sólo podrían exigir el agotamiento de la vía administrativa si emiten (i) una norma doméstica en la que precisan, para cada acto administrativo previsto en su legislación, cómo se agota la vía administrativa antes de recurrir al arbitraje internacional o (ii) una norma que modifique todas las normas que regulan los actos administrativos para precisar exactamente cómo se agota la vía administrativa en caso de que el inversionista pretenda recurrir al arbitraje internacional. Muestra de lo “*patently anomalous or incongruous, or even absurd*”³⁷² de esta interpretación es que ninguno de los Estados parte del Tratado ha proferido una norma en ese sentido y, por ende, ésta debe ser rechazada *in limine*.
268. En cualquier caso, una simple lectura del artículo 12.18 del Tratado muestra que su “*plain language*”³⁷³ no contiene la distinción alegada por las Demandantes y, por el contrario, prevé que, independientemente de que el inversionista pretenda acudir “*al foro interno o al arbitraje [...]*, *será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa [...] cuando la legislación de la Parte así lo exija*”³⁷⁴. En otras palabras, en la medida en que la legislación de la Parte exija el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para un acto administrativo, el inversionista deberá, conforme a dicho artículo, agotarla antes de acudir ante las cortes domésticas o iniciar un arbitraje bajo el Tratado.

³⁷¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 254.

³⁷² *HICEE c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011, **RL-74**, párr. 10 (“*Where alternative “ordinary” interpretations in application of VCLT Article 31 yield real-world results that are as to one perfectly sensible and as to the other patently anomalous or incongruous, or even absurd, the proper result would be to exclude the latter in favor of the former*”) (el resaltado es nuestro).

³⁷³ *HICEE c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011, **RL-74**, párr. 5.

³⁷⁴ 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.

269. Para determinar si “*la legislación exige*” o no el agotamiento de la vía administrativa, debe analizarse, caso por caso, si, bajo dicha “*legislación*”, el reclamo en contra **del acto administrativo** debe, primero, someterse ante las autoridades administrativas y, sólo una vez agotada esta instancia, puede ser llevado ante la justicia. Contrario a lo que sugieren las Demandantes³⁷⁵, este es, en realidad, el “*efecto útil*” de la remisión que hace el Tratado a la “*legislación*” doméstica del Estado receptor de la inversión.
270. Como explicó el Estado en las Objeciones³⁷⁶, la legislación guatemalteca prevé que el recurso de reposición procede contra “*las resoluciones dictadas por los ministerios, [...] las autoridades administrativas superiores, individuales o colegiadas, de las entidades descentralizadas o autónomas*”³⁷⁷, y los Concejos Municipales³⁷⁸. Es decir que, para resoluciones emitidas por estas entidades – como las 18 resoluciones que las Demandantes impugnan en este arbitraje³⁷⁹ – el inversionista debe, mediante el recurso de reposición, dar la oportunidad a las autoridades de remediar el supuesto error y, sólo en caso de que el supuesto error “*no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos*”³⁸⁰, el inversionista puede acudir (i) “*al foro interno*” (*i.e.*, a la jurisdicción contencioso-administrativa) o (ii) “*al arbitraje previsto en [el Tratado]*”³⁸¹.
271. Esta interpretación permite que el derecho doméstico y el Tratado coexistan armónicamente, pues ambos buscan que, antes de someter ante la justicia reclamos en contra de los actos de la Administración, ésta tenga la oportunidad de enmendar sus supuestos errores. De no hacerlo, ahí sí, los inversionistas tienen el derecho de acudir bien sea ante las cortes locales o ante un tribunal internacional constituido bajo el Tratado. Las Demandantes, sin embargo, optaron por evadir la primera etapa y, por ende, sus reclamos son inadmisibles.

³⁷⁵ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 256.

³⁷⁶ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 103.

³⁷⁷ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 9.

³⁷⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto N° 12-2002 (Código Municipal) del 2 de abril de 2002, **R-11**, arts. 157 y 160.

³⁷⁹ Anexo B del Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala.

³⁸⁰ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, **C-0561**, art. 19 (“*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*”).

³⁸¹ 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.

272. *En tercer lugar, no es cierto que “cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca” para controvertir estos actos hubiera “sido fútil”*³⁸².
273. De entrada, el Tratado no prevé excepción alguna a la obligación de agotar la vía gubernativa o administrativa cuando “la legislación de la Parte así lo exija”³⁸³. Al no existir dicha excepción, las Demandantes no pueden escudarse en una supuesta “inefectividad” o “futilidad” de los recursos administrativos para incumplir los requisitos previstos en el Tratado.
274. Muestra de que dicha excepción no tiene – ni puede tener – efecto alguno bajo el Tratado es que, cuando las Partes quisieron prever ciertas excepciones al agotamiento de recursos internos, así lo pactaron expresamente. Un ejemplo de ello es el artículo 12.18.2 – siguiente al que nos ocupa en este caso –, en el cual las partes condicionaron los reclamos de denegación de justicia a que el inversionista “agot[e] los recursos internos jurisdiccionales”, salvo que concurran algunas de las situaciones allí establecidas expresamente³⁸⁴. Estas excepciones, sencillamente, no existen para los reclamos en contra de los actos administrativos y, por ende, son inaplicables.
275. En cualquier caso, incluso si el Tribunal encontrara que el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad puede justificarse en una supuesta “futilidad” o “inefectividad” de los recursos administrativos que debían agotar las Demandantes (*quod non*), éste podrá constar que tal “futilidad” o “inefectividad” no existe.
276. Según las Demandantes, agotar la vía gubernativa habría sido fútil, pues “*éstas no podían razonablemente esperar que los recursos administrativos previstos en la legislación guatemalteca, particularmente el recurso de reposición, hubiesen resuelto efectivamente sus reclamos contra los actos administrativos del MEM violatorios del Tratado, en un periodo de seis meses, como lo exige el Artículo 12.18.1 del mismo*”³⁸⁵.

³⁸² Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 262.

³⁸³ 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. 12.18.1.

³⁸⁴ 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. 12.18.2 ((a) *no exista en la legislación interna de la Parte un recurso para la protección del derecho que se alega ha sido violado; o en caso de que exista recurso, no se garantice el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; (b) no se haya permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotarlos; o (c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos*”).

³⁸⁵ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, párr. 267.

277. Es decir que, para las Demandantes, la “futilidad” del proceso administrativo se basa en que, de haber agotado la vía administrativa, el MEM no habría estado en posición de emitir su decisión dentro del plazo de 6 meses previsto en el Tratado. Vale la pena resaltar que las Demandantes no alegan que los Concejos Municipales que profirieron 7 de las 18 resoluciones³⁸⁶ para las cuales las Demandantes no agotaron la vía gubernativa hubieran incurrido en la misma demora.
278. Dicho esto, respecto de la supuesta futilidad de la vía gubernativa ante el Ministerio de Energía, como explicó el tribunal en *Phillip Morris c. Argentina*:

El Tribunal no está de acuerdo con la posición planteada por ciertos tribunales y citada por las Demandantes, que consideran que el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales “no tiene sentido”, dado que, supuestamente, los tribunales nacionales no están en posición de emitir una decisión dentro del período de tiempo prescripto por el tratado aplicable. El Tribunal también considera que la conclusión de que un proceso legal ante un tribunal nacional sería “fútil” debe abordarse con cautela y circunspección. A excepción de los casos en los que esta conclusión se justifica a raíz de las circunstancias fácticas del caso en particular, el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales no puede ser ignorado o dejado de lado por fútil en virtud de su importancia primordial para el Estado receptor. Su fin es ofrecer al Estado una oportunidad para compensar las supuestas violaciones de los derechos del inversor en virtud del tratado aplicable antes de que se someta la diferencia a arbitraje internacional³⁸⁷.

279. En otras palabras, dada la importancia de otorgar al Estado la oportunidad de remediar supuestas violaciones de los derechos de los inversores antes de que éstos acuden a tribunales internacionales, la supuesta “futilidad” de dichos procedimientos debe ser analizada con “cautela y circunspección”³⁸⁸. Al realizar dicho análisis, el tribunal de *ICS Inspection c. Argentina* explica que, “para establecer la futilidad”, no es suficiente demostrar que “la resolución de la controversia dentro del periodo [previsto en el Tratado] es improbable”³⁸⁹. Debe demostrarse,

³⁸⁶ Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala, Anexo B, numerales 16-18.

³⁸⁷ *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. 137.

³⁸⁸ *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. 137.

³⁸⁹ *ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, **CL-230**, párr. 269 (“**En cualquier caso, no se ha demostrado la futilidad a la satisfacción del Tribunal en este caso. Ambas Partes han presentado conjuntamente con sus Memoriales informes de expertos de distinguidos abogados argentinos. Estos informes analizan in extenso esta cuestión y llegan a conclusiones opuestas. Sin embargo, después de considerar la evidencia pericial así como las presentaciones de las Partes, sin embargo, el Tribunal no está convencido de que se haya demostrado la futilidad en este caso. Incluso si el Tribunal aceptara el informe de D. Alberto Bianchi en cuanto a que sugiere que la resolución de la controversia dentro del periodo de 18 meses es improbable, esto no sería suficiente para establecer la futilidad. Este no es un caso de futilidad evidente, donde la reparación pretendida no se encuentra patentemente disponible dentro de sistema jurídico argentino.** Existe un debate abierto y legítimo entre los expertos de las Partes en cuanto a la disponibilidad de recursos dentro del sistema jurídico

en definitiva, que “*la reparación pretendida no se encuentra patentemente disponible dentro del sistema jurídico [interno]*”. Es decir, debe existir “futilidad patente”³⁹⁰.

280. Si las Demandantes no han cumplido este exigente estándar, es, sencillamente, porque tal “futilidad” no existe y ésta ha sido una excusa *ex post-facto* que han encontrado los abogados de las Demandantes para justificar el incumplimiento de los requisitos del Tratado. Prueba de ello es que, como reconocen las Demandantes en su Contestación sobre las Objeciones³⁹¹, **incluso después de iniciado este arbitraje**³⁹², éstas han presentado ante el MEM recursos de reposición. De ser esa vía fútil, las Demandantes, evidentemente, no habrían interpuesto dichos recursos.
281. Por estos motivos, la Contestación sobre las Objeciones confirma que los reclamos que presentan las Demandantes respecto de los actos administrativos descritos en el Anexo B de las Objeciones son inadmisibles.

6. PETITORIO

282. Por estas razones, Guatemala solicita respetuosamente al Tribunal que:
- a. Declare que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes descritos en las Secciones 2, 3 y 4 de las Objeciones y la Réplica sobre las Objeciones;
 - b. Subsidiariamente, declare que los reclamos de las Demandantes descritos en las Secciones 2, 3 y 4 de las Objeciones y la Réplica sobre las Objeciones son inadmisibles;
 - c. Declare que los reclamos de las Demandantes descritos en la Sección 5 de las Objeciones y la Réplica sobre las Objeciones son inadmisibles;

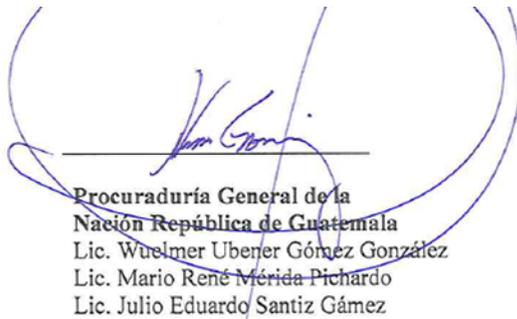
argentino que podrían haber resuelto esta controversia dentro del periodo de 18 meses. Por lo tanto, ante la ausencia de incluso un intento apresurado por parte de la Demandante, el Tribunal simplemente no puede llegar a la conclusión de que el recurso a los tribunales argentinos habría sido completamente ineficaz para resolver la controversia” (el resaltado es nuestro).

³⁹⁰ *ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, **CL-230**, párr. 269.

³⁹¹ Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares, párr. 268.

³⁹² TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 921-2020 del 22 de junio de 2022, **C-745**; TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 925-2020 del 28 de enero de 2022, **C-746**; y TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 928-2020 del 8 de septiembre de 2020, **C-747**.

- d. En cualquier evento, de conformidad con el artículo 12.22.7 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
- e. Ordene cualquier otra medida que el Tribunal estime oportuna y adecuada.


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




MINISTERIO DE ECONOMIA
REPUBLICA DE GUATEMALA, C.A.

Ministerio de Economía
República de Guatemala
Lcda. Luz Mariana Pérez Contreras
Lcda. María Luisa Flores Villagrán
Lcda. Victoria Elizabeth Meza Cortez
Lcda. Karla E. Liquez Aldana



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