

Práctica arbitral

Negación de la controversia internacional: ¿Ausencia de jurisdicción o falta de voluntad de entrar a valorar el fondo de la diferencia?

(Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala, caso CIADI N° ARB/09/5, Laudo, 17 agosto 2012)

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA *

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de los hechos que sustentan la controversia. III. La controversia sometida a arbitraje. IV. Razonamiento del Tribunal arbitral respecto a su jurisdicción y competencia. V. Visión crítica de la decisión del Tribunal. VI. Apuntes finales.

I. Introducción

1. Una primera lectura del laudo que resuelve la controversia entre Iberdrola y Guatemala produce una cierta sensación de desasosiego y desconcierto. El lector intuye que está ante un pronunciamiento de principios “novedoso” en la jurisprudencia arbitral, pero cuyo razonamiento no llega a estar del todo claro y, por tanto, no resulta desde un primer momento convincente. En el mismo, el tribunal ha admitido la excepción de su jurisdicción respecto a las principales alegaciones presentadas por Iberdrola, al negar la existencia misma de una controversia internacional en el marco del Tratado bilateral de inversiones celebrado entre España y Guatemala (el APPRI). El desconcierto que provoca el laudo se alimenta, además, por el hecho de que el Tribunal parece hacer responsable, al menos en parte, al propio demandante de no haber llegado a probar la existencia de ninguna disputa internacional, afirmando, por ejemplo, que el “debate de Derecho internacional que se dio durante este proceso fue meramente teórico”, o que no había “en los escritos de la Demandante una conexión entre los hechos que alega y los estándares que invoca, ni una materialización del hecho o hechos de imperio que, a la luz del Derecho internacional, podrían haber sido considerados violaciones

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público. Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco (EHU/UPV). El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación (referencia IT759-13), financiado por el Gobierno Vasco, bajo la denominación de “Instrumentos y técnicas de protección de intereses y derechos de personas físicas y jurídicas mediante el Derecho internacional público y privado”.

de sus derechos según el Tratado”¹. Estas afirmaciones del Tribunal resultan desconcertantes para el lector que durante su lectura va intuyendo y reconociendo los hechos y actos *iure imperii* de Guatemala que sustentan, potencialmente, las reclamaciones de Iberdrola bajo el APPRI. A fin de elaborar la presente nota y ante las interrogantes y dudas que suscita el laudo, cobraba especial interés la posibilidad de contrastar algunas de sus afirmaciones y completar el análisis con la perspectiva de la parte cuyas pretensiones han sido rechazadas. Gracias a la amabilidad de Iberdrola ha sido posible consultar el Memorial de Demanda presentado ante el CIADI. El extenso Memorial, efectivamente, ha contribuido a esclarecer algunos aspectos del laudo o, mejor dicho, a agravar las sospechas relativas a la inconsistencia de la decisión sobre su jurisdicción.

II. Descripción de los hechos que sustentan la controversia

2. A finales de 1998, la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. (EEGSA) fue objeto de un proceso de privatización que finalizó con su adjudicación a un consorcio internacional liderado por Iberdrola². La privatización de EEGSA tenía como objetivo contribuir a superar la crisis del sector eléctrico guatemalteco atrayendo a inversores extranjeros mediante el establecimiento, entre otros incentivos, de un marco legal atractivo para éstos. La decisión de Iberdrola de invertir en Guatemala a través de la adquisición de las acciones de EEGSA se adoptó en el contexto de la nueva Ley General de Electricidad (LGE) y su Reglamento (RLGE) que, inspirados en la ley chilena, regulaban, entre otros aspectos, el proceso de revisión y fijación de las tarifas de distribución eléctrica, delimitando las funciones de los distintos organismos públicos –de forma particular de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE)– y de los propios distribuidores eléctricos.

La controversia que Iberdrola somete al CIADI encuentra su origen en los hechos acaecidos en el contexto del proceso de revisión de las tarifas de distribución eléctrica aplicable a EEGSA para el quinquenio 2008–2013³.

Este proceso de revisión tarifaria, previsto en la LGE cada cinco años, se inició en enero de 2008. EEGSA, siguiendo el procedimiento establecido en la legislación interna guatemalteca, con el fin de elaborar su propio Estudio Tarifario contrató a una firma de ingeniería (la consultora *Bates White*), que figuraba en una lista de firmas de ingeniería previamente calificadas por la propia CNEE. Para la realización de este estudio, la CNEE había establecido y publicado los Términos de Referencia correspondientes (que fueron im-

¹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, laudo, párr. 358.

² Este consorcio estaba compuesto por Iberdrola Energía S.A., Teco Energy Inc. y Electricidade de Portugal S.A. (EDP). Las acciones de la empresa guatemalteca DECA II –que ostentaba el 80,88% de las acciones de EEGSA– estaban repartidas de la siguiente forma: 49% Iberdrola, 30% Teco y 21% EDP. A mediados de 1998, EEGSA había suscrito con el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala (MEM) un Contrato de Autorización, por un periodo de cincuenta años, para la distribución de electricidad en los Departamentos de Sacatepéquez y Escuintla.

³ La descripción de la controversia y de los hechos relevantes para la misma se fundamenta en la descripción que el propio Tribunal arbitral incorpora en su laudo.

pugnados y posteriormente modificados). El estudio tarifario presentado por EEGSA no contó con la aprobación de la CNEE, quien manifestó su desacuerdo con la forma en que se calcularon las nuevas tarifas. Estas discrepancias dieron lugar a la constitución de una Comisión Pericial, tal y como se encuentra previsto en la Ley interna; la Comisión Pericial dictó su informe pronunciándose sobre las discrepancias entre EEGSA y la CNEE, y comunicó dicho informe a ambas partes. El 25 de julio de 2008, el mismo día en que la Comisión Pericial emitía su informe, la CNEE, mediante la GJ-Providencia 3121, decidió disolver la Comisión Pericial “[e]n virtud de haber cumplido con el objetivo de su nombramiento”, al tiempo que disponía que debía continuarse con el proceso de revisión de las tarifas según lo dispuesto en la LGE y su Reglamento⁴. La CNEE, los días 29 y 30 de julio de 2008 emitió las Resoluciones 144, 145 y 146. A través de las mismas, la CNEE aprobó un estudio tarifario elaborado por *Sigla* –otra de las firmas de ingeniería precalificadas y seleccionada previamente por ella– que la CNEE había encargado por su cuenta, en paralelo al estudio legalmente previsto, sin dar participación a EEGSA ni a la consultora de ésta, ni ajustarse a los pronunciamientos de la Comisión Pericial. Sobre la base de este estudio, fijó las tarifas de EEGSA para el quinquenio 2008–2013.

En opinión de EEGSA la actuación de la CNEE y las decisiones que ésta adoptó no se habían ajustado a lo dispuesto en la LGE; muy al contrario, se evidenciaban importantes infracciones de las garantías previstas en la normativa interna, que protegían al distribuidor frente a posibles arbitrariedades de las autoridades públicas. Convencida de la actuación irregular de la CNEE, EEGSA impugnó ante los tribunales guatemaltecos, por un lado, la GJ-Providencia 3121, que decidía la disolución de la Comisión Pericial y, por otro, la Resolución 144, que adoptaba el estudio tarifario de *Sigla* en detrimento del estudio realizado por *Bates White*. En ambos recursos de amparo, si bien en una primera instancia los tribunales internos de Guatemala concedieron el amparo solicitado por EEGSA, finalmente, la Corte de Constitucionalidad, en dos sentencias –una de 24 de febrero de 2010 y otra de 18 de noviembre de 2009– revocó el amparo previamente concedido.

III. La controversia sometida a arbitraje

3. El 17 de abril de 2009, cuando todavía los recursos de apelación interpuestos por la CNEE ante la Corte de Constitucionalidad se encontraban por resolver, Iberdrola, principal accionista de EEGSA, registró la solicitud de arbitraje ante el CIADI. La controversia sometida a arbitraje del CIADI, tal y como reconoce el Tribunal arbitral, se refiere fundamentalmente a la actuación de Guatemala “durante el proceso de revisión y fijación de tarifas de distribución de energía eléctrica de EEGSA” la cual, en opinión de Iberdrola, “destruyó el valor de su inversión en Guatemala, en violación de las garantías

⁴ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, laudo, párr. 89.

legales y convencionales exigibles”⁵. Efectivamente, el Memorial de Demanda, desde sus primeros párrafos, pone de manifiesto los fundamentos de su reclamación. Así, según Iberdrola, la controversia surge del abuso de poder por parte de Guatemala, al imponer unas tarifas de distribución de la energía eléctrica que destruyen el valor de su inversión (EEGSA). La responsabilidad de Guatemala surge de los actos de la CNEE y del Ministerio de Energía y Minas (MEM). En su opinión, la actuación de estos organismos públicos había acarreado la alteración del marco legislativo establecido y se había materializado en la imposición de unas tarifas de distribución “totalmente arbitrarias y desproporcionadas” que anulaban el valor de la inversión. Para el demandante, los hechos descritos suponían la violación del APPRI de España y Guatemala, y más concretamente de su art. 5 (expropiaciones, nacionalizaciones y medidas de efectos equivalentes) y del art. 3 (la obligación de prestar un trato justo y equitativo, de garantizar plena protección y seguridad, de no interferir a través de medidas arbitrarias o discriminatorias en la inversión y de respetar los compromisos contraídos por escrito en relación con la inversión).

4. No cabe duda que en el trasfondo de las violaciones convencionales alegadas por Iberdrola existe un intenso debate sobre la aplicación del Derecho interno de Guatemala; un debate muy complejo, relativo al procedimiento de revisión tarifaria y las fórmulas aplicables para el cálculo de las tarifas, cuyo análisis supera los objetivos de la presente nota, pero que podría resultar esencial para valorar –en un pronunciamiento sobre el fondo de la diferencia– si, por ejemplo, habían resultado dañadas las expectativas legítimas del inversor o si la actuación de los organismos públicos guatemaltecos había sido arbitraria.

Tal y como se pone de manifiesto en el laudo, las partes en disputa han mantenido posiciones encontradas respecto del proceso de revisión tarifaria aludido. Las discrepancias han afectado a distintos aspectos de proceso: a) la posibilidad o no de que EEGSA se apartara en su estudio tarifario de los Términos de Referencia adoptados y publicados previamente por la CNEE; b) la posibilidad o no de que el Valor Agregado de Distribución (VAD –la remuneración que recibe el distribuidor por sus servicios) fuera calculado por *Sigla*, es decir, por una entidad distinta al distribuidor (o a su propio consultor –*Bates White*–); c) la naturaleza vinculante o no del informe de la Comisión Pericial; d) la relevancia o valor de las reglas de funcionamiento de la Comisión Pericial supuestamente acordadas y aceptadas por EEGSA y la CNEE; e) la regularidad o no de la disolución de la Comisión Pericial decidida por la CNEE; f) la regularidad o no del rechazo del estudio realizado por *Bates White* para la fijación de las tarifas por parte de la CNEE y la consiguiente fundamentación en el estudio de la firma *Sigla*; g) la vulneración o no de los derechos del inversor por parte del MEM al rechazar *in limine* los recursos de revocatoria interpuestos contra las Resoluciones 144, 145 y 146

⁵ *Ibid.*, párr. 120.

de la CNEE; h) la regularidad o no de las decisiones dictadas por la Corte de Constitucionalidad por una posible ausencia o apariencia de motivación; i) si la fórmula del Factor de Recuperación del Capital (FRC) utilizado por la CNEE debía o no tomar en consideración la depreciación del valor de los activos; j) si el cálculo del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) realizado por la CNEE era o no arbitrariamente bajo; k) si resultaba adecuado o no que EEGSA asumiera el coste de parte de las pérdidas de energía en las redes de distribución; l) y, por último, la razonabilidad económica de las tarifas finalmente aprobadas por la CNEE.

IV. Consideraciones del Tribunal arbitral respecto a su jurisdicción y competencia

5. Ante la demanda de Iberdrola, Guatemala impugna la competencia del tribunal arbitral. En opinión de Guatemala, Iberdrola pretende someter un desacuerdo “cuya base esencial es regulatoria y contractual y que no puede calificarse como controversia según el Tratado”. A su modo de ver, el tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* porque el art. 11 del APPRI de España y Guatemala limita la competencia de los árbitros a controversias relativas a cuestiones reguladas por el propio APPRI. Si bien Guatemala también recurrió a otros razonamientos para negar la competencia del Tribunal, ha sido éste el principal argumento empleado por el Tribunal para rechazar su competencia respecto a todas las alegaciones, a excepción de la relativa a la denegación de justicia.

El Tribunal no ha acogido el razonamiento de Iberdrola para quien “la larga serie de irregularidades cometidas por Guatemala durante el proceso de revisión tarifaria de EEGSA (...) no solo son susceptibles de constituir una violación de las obligaciones de protección a la inversión contenidas en el Tratado (que es el test de jurisdicción); de hecho, constituyen esa violación”⁶. Para la demandante, la controversia trata sobre “claras arbitrariedades cometidas por las autoridades de Guatemala a lo largo del proceso de revisión tarifaria de EEGSA”, como son el “atropello de las garantías con las que atrajo la inversión extranjera: la vulneración del debido proceso durante el procedimiento de revisión tarifaria y la privación de la utilidad económica de la inversión”⁷. Por ello, Iberdrola no tiene dudas de que la controversia se refiere a cuestiones reguladas por el APPRI España–Guatemala.

6. Una primera cuestión que trata el Tribunal es la interpretación del art. 11 del APPRI España–Guatemala, que regula la solución de las diferencias entre uno de los Estados contratantes y los inversores de la otra parte contratante. El art. 11 del APPRI incorpora el consentimiento unilateral del Estado a favor del arbitraje⁸. Por ello, resulta fundamental analizar e interpretar esta

⁶ *Ibid.*, párr. 276.

⁷ *Ibid.*, párr. 277.

⁸ Sobre el consentimiento expresado en los instrumentos jurídicos de alcance general *vid.*, entre otros, A. Prujiner, “L’arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel”, *Rev.*

previsión para determinar con exactitud la extensión y los límites de ese consentimiento estatal, ya que de Tratado a Tratado pueden existir diferencias notables en cuanto al alcance de dicho consentimiento.

El art. 11 del APPRI entre España y Guatemala cubre “[t]oda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, *respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo (...)*”⁹. Siguiendo la posición del demandado, el Tribunal arbitral, ha entendido que esta previsión está redactada de forma restrictiva, de modo que sólo pueden someterse a arbitraje “las controversias referentes a cuestiones reguladas por el Tratado” y no cualquier tipo de controversia que pudiera originarse entre el inversor y el Estado, aunque éstas derivaran de o estuvieran relacionadas con la inversión¹⁰. El Tribunal analiza los distintos tipos de disposiciones que, según la doctrina especializada, pueden encontrarse en los APPRI en cuanto a la extensión del consentimiento estatal. Pone de relieve el lenguaje restringido que emplea el art. 11 y llega a la conclusión de que “la República de Guatemala no dio un consentimiento amplio para someter a arbitraje cualquier tipo de controversias o diferencias relacionadas con inversiones efectuadas en su territorio, sino solamente aquellas relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas del propio tratado”¹¹.

7. Habiendo establecido que el art. 11 solo otorga competencia respecto a violaciones sustantivas del propio APPRI, el Tribunal arbitral entra a valorar la naturaleza internacional o no de las reclamaciones planteadas por Iberdrola. Lo que para Guatemala son “cuestiones puntuales de un procedimiento regulatorio interno para la revisión de tarifas”¹² o “reclamaciones domésticas ‘disfrazadas’”¹³, para Iberdrola son cuestiones reguladas en el Tratado; en este sentido, Iberdrola ha reclamado el respeto de la protección de la inversión ante medidas que suponen una expropiación indirecta, la obligación de dispensar un tratamiento justo y equitativo y de asegurar plena protección y seguridad, la prohibición de aplicar a la inversión medidas arbitrarias o discriminatorias y la obligación de respetar los compromisos contraídos por escrito en relación con las inversiones¹⁴. De hecho, tal y como viene reflejado en palabras del Tribunal, Iberdrola ha resaltado que la demanda precisamente responde a la vulneración por parte de Guatemala de sus obligaciones internacionales en virtud del APPRI¹⁵.

arb., 2005, n° 1, pp. 63-99; J. Paulsson, “Arbitration Without Privity”, *ICSID Review-Foreign Investment L.J.*, vol. 10, n° 2, 1995, pp. 232-257; J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XV, 2006, pp. 17-20; E. Gaillard, “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, *Rev. arb.*, 2003, n° 3, pp. 853-875.

⁹ *BOE*, 17-VI-2004, énfasis añadido.

¹⁰ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, laudo, párr. 301.

¹¹ *Ibid.*, párr. 306.

¹² *Ibid.*, párr. 312.

¹³ *Ibid.*, párr. 313.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 314.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 316.

Sin embargo, el Tribunal arbitral no comparte la argumentación de Iberdrola. Respecto a la reclamación relativa a la violación del art. 5 del APPRI –expropiación y medidas de efectos equivalentes– el Tribunal sostiene que, a pesar de que Iberdrola citó el art. 5 e hizo referencia a un número abundante de decisiones arbitrales relativas a la cuestión de las expropiaciones indirectas, la demandante no realizó ninguna concreción de aquellos actos de Guatemala que, en Derecho internacional, podrían llegar a constituir una expropiación conforme al APPRI¹⁶. El Tribunal considera que,

“(…) Más allá de calificar las conductas como aberrantes o violatorias del Tratado, la Demandante en ningún momento presenta un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son los actos o las conductas que, según el Derecho internacional y no solamente de acuerdo con el Derecho local, podrían constituir actos de expropiación”¹⁷

Esta misma línea argumentativa ha sido mantenida por el Tribunal respecto a las demás reclamaciones planteadas por Iberdrola y, de forma particular, respecto a la obligación de prestar un tratamiento justo y equitativo. El Tribunal señala que Iberdrola, si bien hace referencia al art. 3.1º del APPRI y cita la doctrina y la “jurisprudencia” arbitral relativa al estándar del trato justo y equitativo, fundamenta esta supuesta violación en las discrepancias referidas a la interpretación de las normas internas guatemaltecas y en las fórmulas económicas para calcular el VAD.

8. Por todo ello, respecto a las alegaciones de Iberdrola relativas a la violación de los estándares previstos en el APPRI, el Tribunal sostiene que,

“(…) la sustentación de la Demandante de la alegada violación de Guatemala de los estándares del Tratado se basa en las diferencias de interpretación de las normas de la República de Guatemala y de las fórmulas económicas para calcular el VAD que tuvieron EEGSA y la CNEE, durante el proceso de revisión tarifaria para el quinquenio 2008 – 2013. Más allá de etiquetar las actuaciones de la Demandada, la Demandante no presenta un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son, a su juicio, los actos de imperio de la República de Guatemala que, en Derecho internacional, podrían constituir violaciones del Tratado. En las alegaciones de la Demandante, el Tribunal no encuentra más que una discusión de Derecho local, que no tiene competencia para retomar y volver a resolver como si fuera una corte de apelación.”¹⁸

La idea central expuesta en el párrafo anterior es desarrollada por el Tribunal en su laudo, en el apartado relativo a las *Conclusiones sobre la jurisdicción del CIADI y competencia del tribunal arbitral*¹⁹. A continuación se transcriben los extractos más significativos de este apartado y que constituirán el punto de partida para un análisis crítico del razonamiento que expone el Tribunal.

[350] Para el Tribunal Arbitral es claro, como se expondrá más adelante, que 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. En un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si esta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado. Según se analiza a continuación,

¹⁶ *Ibid.*, párr. 321.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 323.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 349, énfasis añadido.

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 350-373.

la Demandante no demostró esa premisa básica y se limitó a someter a la consideración del Tribunal una controversia de Derecho nacional guatemalteco.

[351] Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al Derecho guatemalteco (...).

[352] Asimismo, en las audiencias, el debate se centró en aspectos de Derecho guatemalteco y en las diferencias técnicas y financieras que existieron para el cálculo del VAD y sus componentes. (...) No existió, salvo de manera marginal, debate acerca de las violaciones del Tratado, o del Derecho internacional, o de cuáles actuaciones de la República de Guatemala, en ejercicio de poder del Estado, habían violado determinados estándares contenidos en el Tratado.

(...)

[355] En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo con el Derecho guatemalteco y que le conceda la razón en su interpretación de cada uno de los asuntos debatidos, de manera que, a partir de esa decisión de este Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado.

[356] Para el Tribunal es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre Derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una sobre "*cuestiones reguladas*" por el Tratado.

[357] Según se señaló, la Demandante no demostró que si su posición en cuanto a las diferencias de Derecho local que originaron este conflicto fuera la correcta, la consecuencia sería que la Demandada vulneró el Tratado o el Derecho internacional. Tal demostración es necesaria para que el CIADI pueda tener jurisdicción y el Tribunal competencia. Así parece reconocerlo la propia Demandante, quien afirmó que "... *no se trata de demostrar elementos suficientes para que el Tribunal decida preliminarmente si hay o no una violación de las normas del Tratado (eso es cosa del fondo), sino que se trata de comprobar que los hechos alegados, de ser ciertos, podrían constituir una violación de las normas del Tratado*".

[358] El debate de Derecho internacional que se dio durante este proceso fue meramente teórico (...). Sin embargo (...) no hay en los escritos de la Demandante una conexión entre los hechos que alega y los estándares que invoca, ni una materialización del hecho o hechos de imperio que, a la luz del Derecho internacional, podrían haber sido considerados violaciones de sus derechos según el Tratado.

[359] El Tribunal no puede entrar a conocer el debate sobre Derecho interno que, en forma reiterativa, ha planteado la Demandante y señalar el vínculo, en el contexto del Derecho internacional, — que no ha establecido la Demandante— entre los actos del ente regulador guatemalteco, del MEM y de las cortes guatemaltecas y los estándares del Tratado.

(...)

[364] (...) lo que planteó Iberdrola no es una controversia referente a la legalidad en el contexto internacional de los actos de un Estado que afectan los derechos del inversionista. La Demandante no formuló sus alegaciones de forma tal que las cuestiones de Derecho nacional que presentó fueran "... *parte del supuesto de hecho o substractum de hechos que el Tribunal Arbitral debe considerar al enjuiciar y decidir el caso, a la luz de los estándares de protección establecidos en el Tratado bilateral*."

(...)

[366] La única responsabilidad del Estado que cabe analizar dentro de la competencia de este Tribunal, es la internacional la cual se determina a la luz del Derecho internacional (...). Lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento internacional, el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala.

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

Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado.

(...)

[371] (...) 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.

(...)

[373] Por lo expuesto, el Tribunal declarará con lugar la excepción de jurisdicción propuesta por la Demandada, con respecto a las peticiones de la Demandante de que se declare la ocurrencia de una expropiación, la violación del estándar de trato justo y equitativo, la violación de la obligación de proporcionar plena protección y seguridad y el desconocimiento del mandato de cumplir las demás obligaciones impuestas por el Tratado.

9. Si bien el Tribunal termina rechazando su competencia respecto a las principales alegaciones de Iberdrola, considera que sí tiene competencia para entrar a conocer la alegación relativa a una posible denegación de justicia, que el demandante plantea en su réplica “con carácter estrictamente subsidiario”²⁰. El Tribunal pone de relieve que ninguna de las partes ha objetado su competencia en esta cuestión. Además, a su modo de ver, a diferencia de lo que ocurre en las demás reclamaciones, en la denegación de justicia “la cuestión es distinta”. En este caso, para el Tribunal, “aunque se aleguen meras cuestiones de Derecho interno, una reclamación internacional podría tener cabida si en el plano doméstico se ha denegado justicia”²¹. Con el fin de apoyar su conclusión, el Tribunal recurre a pronunciamientos arbitrales anteriores en los asuntos *Robert Azinian c. México*, *Generation Ukraine c. Ucrania* y *Parkerings c. Lituania*.

V. Análisis crítico de la decisión de Tribunal

10. El Tribunal arbitral sustenta su decisión de rechazar su jurisdicción y competencia en la negación de la existencia de una controversia internacional entre Guatemala e Iberdrola. Para el Tribunal, los hechos descritos por el demandante carecen de relevancia desde la óptica del Derecho internacional. Es decir, niega que la base esencial o fundamental de las reclamaciones presentadas ante el Tribunal sea convencional²². Los mimbres empleados para alcanzar tal conclusión son los siguientes: el art. 11 del APPRI no admite ninguna reclamación que no esté fundamentada en la violación de las nor-

²⁰ *Ibid.*, párrs. 374 ss.

²¹ *Ibid.*, párr. 416. En la misma línea, el Tribunal en el párr. 419 sostiene que “(...) si bien no tiene competencia para pronunciarse sobre esas diferencias de derecho local, de conformidad con el Tratado sí es competente para decidir si el tratamiento que dichas diferencias recibieron, en el contexto doméstico, es violatorio del derecho internacional”.

²² Según el Comité *ad hoc* del caso *Vivendi c. Argentina*, párr. 98 y 101, el criterio que determina la distinción entre los incumplimientos contractuales ordinarios y las violaciones de Tratado (que, en su caso, podría extenderse a las violaciones de tratado y simples violaciones de derecho interno) es el de la base “esencial” o “fundamental” de la reclamación. *Vid.* S.A. Alexandrov, “The *Vivendi* Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitration – The Applicants’ Perspective”, *Annulment of ICSID Awards* (E. Gaillard y Y. Banifatemi, eds.), Nueva York, 2004, pp. 114 ss; B.M. Cremades y D.J. Cairns: “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”, *RCEA*, 2004, pp. 69-93.

mas sustantivas del propio APPRI; diga lo que diga el demandante, las controversias que ha sometido a arbitraje se refieren al Derecho guatemalteco y, por tanto, no son controversias internacionales sino litigios de Derecho local; y los hechos alegados por Iberdrola sólo pueden dar origen a una disputa internacional en caso de denegación de justicia en los tribunales internos de Guatemala.

Ahora bien, esta argumentación aparentemente sencilla, plantea varias interrogantes. Siendo cierto que en el presente litigio se suscitan numerosas cuestiones y discrepancias relativas a la aplicación del Derecho interno guatemalteco, ¿cuál ha sido el razonamiento del tribunal para negar la existencia de una disputa convencional? Fundamentalmente, el Tribunal recrimina al demandante no haber presentado un razonamiento claro y concreto de los actos o conductas *iure imperii* que pueden constituir, en el marco del Derecho internacional, violaciones del APPRI. Le achaca no haber establecido una conexión o vínculo suficiente entre los hechos que alega y los estándares convencionales invocados. Y para ello, evidentemente, despoja de toda relevancia a la calificación del litigio realizada por el propio demandante²³. Pero, ¿qué es lo que el demandante debía haber demostrado para superar este primer test de jurisdicción y competencia? En este punto, el Tribunal se pronuncia de manera un tanto contradictoria: en un primer momento, los árbitros sostienen que su jurisdicción depende de que se demuestre que los hechos alegados, de ser probados, pueden constituir una violación del Tratado (el mismo estándar que defendía Iberdrola)²⁴; en un párrafo posterior, sin embargo, el nivel de exigencia del Tribunal parece aumentar cuando afirma que “lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento internacional, el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala”²⁵; para, finalmente, imprimir una vuelta de tuerca más cuando señala que “si (...) 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”²⁶.

Efectivamente, el discurso del tribunal no resulta convincente. En términos generales, da la impresión de que los árbitros han recurrido, sin excesivo rigor, a la distinción de los incumplimientos contractuales ordinarios y las violaciones de Tratado, tantas veces tratada en la jurisprudencia arbitral, para construir su propio discurso de rechazo de la competencia a partir de una separación radical entre las violaciones del Derecho interno (no necesariamente contractuales) y las violaciones del Derecho internacional²⁷.

²³ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, laudo, párr. 356.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 350 y 357.

²⁵ *Ibid.*, párr. 366, énfasis añadido.

²⁶ Énfasis añadido.

²⁷ Sobre la diferenciación de los incumplimientos contractuales ordinarios y las violaciones de tratado *vid.* I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *Arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 387-464.

11. En primer lugar, cabe preguntarse a quién corresponde calificar o caracterizar una reclamación como internacional –convencional– o como interna y, en su caso, cual es el umbral de exigencia que ha de superar esta reclamación para superar la premisa básica de la jurisdicción del tribunal²⁸. En este sentido, si se atiende a la jurisprudencia arbitral relativa a la distinción de los contract claims y treaty claims, se observa que la mayoría de los tribunales arbitrales, en la fase de la determinación de su jurisdicción, priman lo dispuesto en la propia demanda (es decir, la caracterización que hace el propio demandante)²⁹, frente a aquellos tribunales que han procedido a examinar, en esta primera fase, si las reclamaciones eran o no plausibles o al menos discutibles³⁰. Se ha dicho que cuando un inversor alega la violación de normas convencionales, el tribunal debe asegurar, mediante un examen prima facie, que la reclamación no es claramente equivocada o insostenible³¹.

²⁸ Sobre esta cuestión, ver el repaso de las distintas decisiones arbitrales que realiza C. Schreuer, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the *Vivendi I* case Considered”, en *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 314-323. *Vid.*, también, I. Laird, “A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v USA*”, *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 201-222.

²⁹ Por ejemplo, en el asunto *Aguas de Aconquija c. Argentina* (laudo), párr. 53: “Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, *ex hypothesi*, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI”. En la misma línea, *Vivendi c. Argentina* (anulación), párr. 74; *Wena Hotels c. Egipto* (jurisdicción), *ILM*, vol. 41, 2002, p. 890. *SGS c. Pakistán* (jurisdicción) párr. 145. *Azurix c. Argentina* (jurisdicción), párr. 76: “According to the Respondent, the dispute is of a contractual nature and related to the interpretation of and performance under the Concession Agreement. However, for purposes of determining its jurisdiction, the Tribunal should consider whether the dispute, as it has been presented by the Claimant, is prima facie a dispute arising under the BIT. The investment dispute which the Claimant has put before this Tribunal invokes obligations owed by the Respondent to Claimant under the BIT and it is based on a different cause of action from a claim under the Contract Documents. Even if the dispute as presented by the Claimant may involve the interpretation or analysis of facts related to performance under the Concession Agreement, the Tribunal considers that, to the extent that such issues are relevant to a breach of the obligations of the Respondent under the BIT, they cannot per se transform the dispute under the BIT into a contractual dispute. This follows from the scope of the jurisdiction clauses in the Contract Documents and the identity of the parties to whom the commitments were made.”. *Enron c. Argentina* (jurisdicción), párr. 67: “The Claimants have satisfied the requirement of having a present interest to bring action under the Treaty, particularly in view of the fact that it has been alleged that the tax assessments resulted in the violation of specific provisions and standards of treatment established in the Treaty. These allegations can only be considered at the merits phase of the case, but prima facie they are sufficient to justify the exercise of the right of action by the Claimants. Accordingly, the Tribunal upholds jurisdiction to consider the matter on the merits as far as this objection is concerned”. Por último, también en *Siemens c. Argentina* (jurisdicción), párr. 180.

³⁰ *SGS c. Filipinas* (jurisdicción), párr. 157, 160-164; *Occidental c. Ecuador* (laudo), párrs. 80 ss; *N. Joy Mining Machinery c. Egipto* (jurisdicción), párr. 78. En relación con esta cuestión *vid.* V. Heiskanen, “‘Frivolous’ Claims”, *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, disponible en <http://www.transnational-dispute-management.com>.

³¹ C. Schreuer, “Investment Treaty Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 322. Sin embargo, este autor sostiene que este examen *prima facie* debe respetar ciertos mínimos: por una parte, no debe privar al reclamante del derecho de defender su reclamación a través del desarrollo de todos sus argumentos –

Pero no más. En la misma línea, el Tribunal en el asunto *Siemens c. Argentina*, sostuvo que habiendo sido formulada la diferencia por el demandante como una diferencia en el marco del APPRI, el Tribunal no estaba obligado a considerar si estas reclamaciones eran o no correctas, ya que ésta era una cuestión relativa al fondo de la diferencia. En aquel momento el tribunal afirmó que “sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas”³². También la decisión del caso *SGS c. Pakistán*, pronunciándose sobre su jurisdicción señaló que,

“[a]t this stage of the proceedings, the Tribunal has, as a practical matter, a limited ability to scrutinize the claims as formulated by the Claimant. Some cases suggest that the Tribunal need not uncritically accept those claims at face value, but we consider that if the facts asserted by the Claimant are capable of being regarded as alleged breaches of the BIT, consistently with the practice of ICSID tribunals, the Claimant should be able to have them considered on their merits. We conclude that, at this jurisdiction phase, it is for the Claimant to characterize the claims as it sees fit. We do not exclude the possibility that there may arise a situation where a tribunal may find it necessary at the very beginning to look behind the claimant’s factual claims, but this is not such a case”.

Se observa que en ningún caso resultaría razonable exigir a Iberdrola más de lo que él mismo reconoce adecuado ante el tribunal; es decir, que lo que debe comprobarse es “que los hechos alegados, de ser ciertos, podrían constituir una violación de las normas del Tratado”³³. Por tanto, resulta imposible sostener, como premisa de su jurisdicción, la exigencia de demostrar que “Guatemala violó las obligaciones que había contraído en (...) el Tratado”.

12. A este difuso (y exigente) test de jurisdicción que propone el Tribunal se le suma una afirmación demoleadora pero carente de un fundamento sólido: El Tribunal arbitral sostiene que Iberdrola no ha presentado un razonamiento claro y concreto de los actos *iure imperii* de Guatemala que, en Derecho internacional, podrían constituir violaciones del Tratado y que “no hay una conexión entre los hechos que alega y los estándares que invoca, ni una materialización del hecho o hechos de imperio que, a la luz del Derecho internacional, podrían haber sido considerados violaciones de sus derechos según el Tratado”. El Tribunal entiende que la controversia no es más que una controversia de Derecho interno guatemalteco sobre la que no tiene competencia.

Para empezar, en el Derecho internacional, en general, y en el Derecho de las inversiones extranjeras, en particular, nada impide que unos mismos hechos impliquen al mismo tiempo la violación de obligaciones pertenecientes a distintos marcos reguladores³⁴. Por tanto, siendo evidente que los he-

extremo que normalmente sólo es posible en la fase en la que se resuelve sobre el fondo-; por otra parte, el tribunal estará obligado a proporcionar razones convincentes de su rechazo (pp. 322-323).

³² *Siemens c. Argentina* (jurisdicción), párr. 180.

³³ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, laudo, párr. 269.

³⁴ Por ejemplo, en el asunto *SGS c. Pakistán* (jurisdicción), párr. 147: “As a matter of general principle, the same set of facts can give rise to different claims grounded on differing legal orders: the municipal and the international legal orders”. En el mismo sentido, *Sempra c. Argentina* (jurisdicción), párr. 95; *Siemens c. Argentina* (jurisdicción); párr. 180: “Arbitral tribunals have found that a dispute arising out of a contract may give rise to a claim under a bilateral investment treaty”. *Vid.*

chos descritos y alegados por Iberdrola, en gran parte, se refieren a la violación del Derecho interno de Guatemala, no es menos cierto que Iberdrola, en todo momento, ha planteado la controversia como una controversia en el marco del APPRI. ¿Es claro, tal y como sostiene el Tribunal, que Iberdrola no ha planteado ningún hecho o acto de imperio que fuera potencialmente susceptible de violar las disposiciones del Tratado? Francamente, resulta difícil no albergar, al menos, una duda razonable. Recuérdese que Iberdrola, por ejemplo, ha alegado la violación del estándar del trato justo y equitativo, al entender que Guatemala, a raíz de los actos y medidas *iure imperii* adoptados por la CNEE durante el proceso de revisión tarifaria (la disolución de la Comisión Pericial, la aprobación del estudio tarifario de Sigla o la imposición de las tarifas para el quinquenio 2008–2013), ha alterado los elementos esenciales del marco legislativo. No cabe duda que la modificación unilateral del marco normativo que perjudica de forma arbitraria al inversor extranjero es un acto de imperio que podría, como hipótesis, constituir una violación del APPRI. Iberdrola también ha sostenido que Guatemala ha incurrido en una medida de efectos equivalentes a la expropiación, al adoptar la CNEE varias Resoluciones que imponían unas tarifas que, según Iberdrola, destruían el valor patrimonial de EEGSA (su inversión)³⁵. Tratándose de actos de imperio, si se demostrara que efectivamente las resoluciones (que, además, pueden haber sido adoptadas en contra de los procedimientos previstos en el Derecho interno) tienen el efecto de destruir el valor de EEGSA, ¿no se estaría ante una posible medida de efecto equivalente a la expropiación? La decisión del Tribunal de descartar de plano dicha opción sin entrar a valorar los efectos económicos reales de las nuevas tarifas y la regularidad o no del procedimiento seguido para establecerlas, es difícil de explicar. Quizás por ello, el Tribunal no explica por qué los hechos y actos de imperio alegados por Iberdrola (*v.gr.*, la modificación unilateral de las garantías legales y contractuales, la imposición arbitraria mediante Resolución de tarifas que anulan el valor de la inversión, una posible campaña de presión contra EEGSA o el hostigamiento de sus directivos por parte del Gobierno), de ser ciertos, no son susceptibles de constituir una violación del APPRI³⁶. En lugar de ello, el Tribunal insiste en que la controversia que plantea Iberdrola ante el Tribunal es de Derecho interno, que la parte sustancial de los temas controvertidos

E. Gaillard, “‘Vivendi’ and Bilateral Investment Treaty Arbitration”, *New York L.J.*, febrero 6, 2003, en *transnational-dispute-management.com*, p. 3 y S.A. Alexandrov, “Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, n.º 4, 2004, p. 555.

³⁵ Según Iberdrola, la nuevas tarifas han supuesto una disminución del VAD (la remuneración que recibe el distribuidor por sus servicios) de un 43,15% respecto del periodo tarifario anterior y de un 56,45% respecto del VAD que resultante de la Comisión Pericial. Además, según sus cálculos, el sistema tarifario impuesto por la CNEE no otorgaría a EEGSA la oportunidad de recuperar ni siquiera el capital empleado, ya que de cada dólar invertido EEGSA estaría abocada a perder más de la mitad. En definitiva, las tarifas aprobadas por la CNEE, en opinión del demandante, destruye el valor patrimonial de EEGSA y condenaba a la empresa en un plazo medio a su insolvencia.

³⁶ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Internacionalismo *versus* mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, n.º 1, 2012, en particular, pp. 70 ss.

que la demandante pide resolver al Tribunal se refieren al Derecho interno, y que no puede entrar a conocerla como si fuera una corte de apelación.

13. El razonamiento del Tribunal produce desconcierto. Y este desconcierto se transforma en inquietud, cuando el tribunal, después de reconocer la indiscutida autonomía de la legalidad interna e internacional, afirma que “si el Estado actuó invocando el ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, mediante las cuales interpretó de una determinada manera su normatividad interna, un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el Derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado”. Muy al contrario de lo que parece indicar el Tribunal, cuando un inversor alega la violación de un Tratado, los árbitros no sólo pueden, sino que deben aplicar e interpretar las normas internas que puedan resultar relevantes para la resolución de la diferencia. En este sentido, en el caso que ocupa a la presente nota, las discusiones relativas al Derecho interno de Guatemala que propone Iberdrola resultan esenciales para resolver algunas de las violaciones del APPRI alegadas. La relevancia del Derecho interno en las disputas convencionales también se manifiesta en los mismos APPRI. No en vano, la mayoría de ellos –también el APPRI de España y Guatemala (art. 11.3º)– prevén la aplicación del Derecho interno junto a las disposiciones de APPRI y las reglas y principios del Derecho internacional, lo que a todos los efectos supone una cláusula de elección de la ley aplicable, que de no ser respetada por el Tribunal podría, incluso, ser motivo de anulación de su decisión³⁷. Además, en el contexto de los problemas jurídicos que plantea la diferenciación de los *contract claims* y los *treaty claims*, existe una “jurisprudencia” arbitral consolidada en tal sentido. Así, el Comité de anulación en el asunto *Vivendi c. Argentina* señaló que un tribunal arbitral se encuentra obligado a interpretar y aplicar un contrato, si ello resulta necesario para resolver la reclamación convencional que le ha sido sometida; incluso, en los casos en los que la interpretación y aplicación del contrato haya sido objeto de una atribución de competencia exclusiva a favor de los tribunales internos de un Estado.

A partir de la negación de la existencia de una controversia internacional y la afirmación de que el tribunal arbitral no puede juzgar la interpretación realizada por el Estado de su normativa interna, a pesar de que el inversor considere violatoria del Tratado, el Tribunal concluye que sólo en los supuestos de denegación de justicia estaría justificada su jurisdicción. Para alcanzar tal conclusión el Tribunal se vale de una descontextualizada y oportunamente seleccionada jurisprudencia³⁸. Esta conclusión, de ser cierta, podría abrir,

³⁷ En este sentido, basta recordar la decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels c. Egipto*.

³⁸ Por ejemplo, los asuntos de *Robert Azinian c. México* y *Parkerings c. Lituania* versan sobre incumplimientos contractuales ordinarios, que plantean una problemática distinta a cualquier otra violación que derive de actos de imperio, porque, siendo los APPRI obligaciones impuestas al Estado en su condición de entidad soberana (*vid.* al respecto, entre otros, las decisiones en los asuntos *Salini*

peligrosamente, la puerta a una renovada condición del agotamiento previo de las vías de recurso internas, requisito de carácter excepcional actualmente en el arbitraje de inversión. Además, llevar esta conclusión hasta sus últimas consecuencias podría, incluso, suponer un vaciamiento de la protección prevista en los APPRI. En este sentido, bastaría que un Estado justificara su comportamiento en la interpretación de su Derecho interno en foro interno para que un Tribunal arbitral no pudiera entrar a conocer de una diferencia convencional, salvo en los supuestos de denegación de justicia³⁹. En definitiva, buscar la conformidad de los actos estatales en el ámbito interno podría constituir la cobertura perfecta para los Estados que quisieran evitar ser demandados ante tribunales arbitrales sobre la base de las obligaciones previstas en los APPRI.

No obstante, el lector que obra de buena fe debería suponer que el Tribunal no ha pretendido llegar hasta tal extremo, y que esta limitación de la jurisdicción de los árbitros debe ser entendida a partir de la siguiente premisa que propone el Tribunal: los hechos y actos estatales que se encuentran en el origen de la controversia no son susceptibles, por sí mismos, de violar una obligación prevista en un Tratado internacional, si bien provocan una discusión de Derecho interno entre las partes; por ello, la única forma de que esos hechos y actos activen la protección convencional es que el inversor sea objeto de una denegación de justicia en los Tribunales internos. Y es aquí donde realmente el Tribunal no logrará convencer. Porque si para los árbitros “es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre Derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una sobre ‘cuestiones reguladas’ por el Tratado”⁴⁰, no resulta tan evidente para el lector que, más allá de la afirmación categórica del Tribunal, echa de menos un razonamiento o explicación convincente por parte de éste, frente a las alegaciones de base convencional del demandante suficientemente sólidas que justificarían, al menos, su jurisdicción.

c. Jordania, jurisdicción, párr. 155, *Impregilo S.p.A. c. Pakistán*, jurisdicción, párr. 260 y *Wena Hotels c. Egipto*, decisión de anulación, párr. 31), los incumplimientos contractuales que no derivan de actos de imperio únicamente pueden convertirse en violaciones de tratado en caso de denegación de justicia. Y no es, éste, el caso de la disputa que enfrenta a Iberdrola con Guatemala. En este sentido, uno de los párrafos del asunto *Robert Azinian c. México* sobre los que se sustenta el Tribunal ha sido citado de forma incompleta, obviando el principio del mismo, cuando resulta francamente ilustrador (concretamente el párr. 83). Lo mismo sucede con la cita del caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, donde se ha silenciado parte del párrafo donde se pone de manifiesto la diferencia entre uno y otro caso (concretamente el párr. 20.33). En asunto *Generation Ukraine c. Ucrania* los actos y omisiones del Estado alegados por la demandante sólo podían convertirse en violaciones de Tratado a través de la constatación de una denegación de justicia, porque el Tribunal, previamente, concluyó que esos actos y omisiones no superaban, por sí mismos, el umbral de una expropiación indirecta.

³⁹ Denegación de justicia, que no deja de ser una manifestación muy concreta de la violación del trato justo y equitativo, y un estándar exigente, tal y como ha quedado de manifiesto en la decisión del propio Tribunal.

⁴⁰ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, laudo, párr. 356.

VI. Apuntes finales

14. La decisión del Tribunal ha provocado sorpresa. Las reclamaciones que Iberdrola ha planteado sobre la base de las disposiciones del APPRI hispano-guatemalteco, que el lector identifica en el propio laudo –más claramente aún en el Memorial de Demanda–, han topado con la miopía de los árbitros, que no han llegado a ver en los hechos y actos descritos más que unos simples desacuerdos de Derecho interno que no tienen competencia para resolver.

Tal y como se ha defendido en los párrafos precedentes, los hechos y actos presentados por Iberdrola deberían haber sido suficientes para justificar la jurisdicción del Tribunal. Otra cosa distinta hubiera sido la cuestión relativa al fondo; es decir, si los argumentos del demandante eran o no lo suficientemente consistentes para probar efectivamente la violación de las normas del Tratado (opción que no debería ser, ni mucho menos, descartada).

A futuro, hay varias cuestiones que no deben perderse de vista y que pueden aportar novedades al caso. En primer lugar, el demandante, evidentemente disconforme con la decisión, ha iniciado ante el CIADI un procedimiento de anulación. A tales efectos, el Comité *ad hoc* se encuentra constituido e Iberdrola ha presentado su Memorial de Anulación⁴¹. *A priori*, no se puede descartar la posibilidad de que el Comité anule parte de la decisión, si considera que no entrar a conocer y resolver las diferencias convencionales propuestas por el demandante supone una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal arbitral. La anulación parcial del laudo podría abrir la puerta a la interposición de una nueva demanda ante otro tribunal del CIADI que, en su caso, podría entrar a resolver las diferencias relativas al fondo de la disputa. Sin embargo, plantear tal escenario ¿no es, acaso, aventurarse demasiado? Antes, resultará francamente interesante esperar la decisión que pueda dictar el Tribunal arbitral en el asunto *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, pendiente de resolución. Esta controversia se fundamenta en los mismos hechos que sustentan la disputa de Iberdrola y Guatemala, ya que *TECO Energy Inc.* fue una de las empresas que formaba parte en el consorcio internacional liderado por Iberdrola que se hizo con el control de EEGSA y, por tanto, titular de un porcentaje sus acciones. Será interesante lo que pueda decir este Tribunal porque, por una parte, no está vinculado por el pronunciamiento de tribunales anteriores y, por otra parte, la composición del tribunal arbitral es distinta en ambos casos⁴². En definitiva, la decisión de los árbitros en el asunto *Iberdrola c. Guatemala* no se puede calificar como afortunada. Está por ver si el Comité *ad hoc* encargado del recurso de anulación o el Tribunal del caso *Teco c. Guatemala* son capaces de reconducir la situación y cerrar el inquietante camino abierto por esta decisión.

⁴¹ *Vid.* <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

⁴² Sin embargo, también ha de tenerse en cuenta que los Tratados sobre los que los inversores fundan su reclamación son distintos y, por tanto, pueden existir diferencias justificadas por el contenido de cada uno.