

**INTERNATIONAL CENTRE FOR  
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES**

**TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC,**  
*Claimant*

v.

**REPUBLIC OF GUATEMALA,**  
*Respondent*

**ICSID Case No. ARB/10/23**

**SUPPLEMENTAL EXPERT OPINION OF  
RODOLFO ALEGRÍA TORUÑO**

24 May 2012

Table of Contents

	<u>Page</u>
<b>I. INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>II. THE REFORM OF GUATEMALA’S ELECTRICITY SECTOR .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Depoliticization of the Tariff Process.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Establishment of the CNEE .....</b>	<b>7</b>
<b>III. THE REGULATORY FRAMEWORK ESTABLISHED BY THE LGE AND RLGE FOR THE DISTRIBUTION OF ELECTRICITY IN GUATEMALA.....</b>	<b>12</b>
<b>A. Calculation of the Distributor’s VAD .....</b>	<b>12</b>
<b>B. Purpose and Authority of the Expert Commission.....</b>	<b>20</b>
<b>IV. INCREASE IN ELECTRICITY PRICES POST-PRIVATIZATION .....</b>	<b>28</b>
<b>V. EEGSA’S 2008-2013 TARIFF REVIEW .....</b>	<b>29</b>
<b>A. Government Accord No. 68-2007 .....</b>	<b>29</b>
<b>B. The Terms of Reference .....</b>	<b>36</b>
<b>C. RLGE Article 98 <i>bis</i>.....</b>	<b>40</b>
<b>D. The Operating Rules of the Expert Commission .....</b>	<b>44</b>
<b>E. EEGSA’s 2008-2013 Tariffs.....</b>	<b>47</b>
<b>F. EEGSA’s Court Actions .....</b>	<b>53</b>

## I. INTRODUCTION

1. Counsel for Claimant has asked me to prepare this supplemental expert opinion to respond to certain arguments made in Guatemala's Counter-Memorial and in the expert opinion of Juan Luis Aguilar Salguero with regard to aspects of Guatemalan law that I addressed in my first expert opinion dated 22 September 2011.<sup>1</sup> I reaffirm the content of my first expert opinion and offer the following additional comments and observations in response.

## II. THE REFORM OF GUATEMALA'S ELECTRICITY SECTOR

### A. Depoliticization of the Tariff Process

2. As I set forth in my first expert opinion, one of the main objectives of the reform of Guatemala's electricity sector through the enactment of the LGE in October 1996<sup>2</sup> was to depoliticize the process for determining electricity tariffs for regulated users of distribution services.<sup>3</sup> The original draft of the LGE thus contemplated the creation of a technical regulatory body that would have its own legal personality and would operate autonomously and independently from the Political Branch.<sup>4</sup> Unfortunately, that objective was not achieved, as discussed later in this opinion.<sup>5</sup> The depoliticization of Guatemala's electricity sector, however, required more than simply creating a technical regulatory body. As Chilean experts Juan Sebastián Bernstein and Jean Jacques Descazeaux observed in their 1993 Final Report, *Restructuring The Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms*,<sup>6</sup> "the need to have clear rules of the game for the operation and development of the sector has been pointed out [throughout this Report], particularly as regards

---

<sup>1</sup> Expert Opinion of Rodolfo Alegría Toruño dated 22 Sept. 2011 (hereinafter "Alegría I") (CER-1). For ease of reference, terms used herein have the same meaning as in my first expert opinion.

<sup>2</sup> Congressional Decree No. 93-96, General Electricity Law dated 16 Oct. 1996, entered into force on 15 Nov. 1996 ("LGE") (C-17).

<sup>3</sup> See Alegría I ¶¶ 12-19 (CER-1).

<sup>4</sup> See Bill of the General Electricity Law and its Regulations, Final Draft, Republic of Guatemala dated 4 Apr. 1995, Art. 5 (C-13).

<sup>5</sup> See *infra* ¶¶ 11-16.

<sup>6</sup> Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Restructuring The Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms, Final Report* dated June 1993 (C-9).

generating, transmitting and distributing companies, and for the definition of the consumers' rights and obligations," which "implies defining the rights, obligations and limitations of the actors participating in the industry, including the Government itself."<sup>7</sup> This Report, which served as the basis for deregulating and privatizing the electricity sector in Guatemala,<sup>8</sup> thus recognized from the very beginning that the Government's authority had to be subject to certain limitations in order to ensure the proper operation of the reformed electricity sector.

3. Messrs. Bernstein and Descazeaux further observed in their Report that "[t]he problem of the likely mal-functioning of a regulatory organism in electricity has been forcefully put forward in Guatemala" and that "[t]his perception is shared by the political, social and economic sectors consulted in the country."<sup>9</sup> In their opinion, "this reinforce[d] the need of having objective rules which define the parties' obligations and rights, thus preventing the arbitrary intervention of regulatory entities,"<sup>10</sup> noting that "it would be possible to minimize the intervention of a regulatory organism in those matters most sensitive to regulation, such as price regulation in the segments with characteristics of a natural monopoly: transmission and distribution."<sup>11</sup> Messrs. Bernstein and Descazeaux thus expressly identified the need to prevent arbitrary action by the Government with respect to price regulation in electricity distribution through the new law and regulations that would be proposed for the reform of Guatemala's electricity sector.

4. Messrs. Bernstein and Descazeaux further noted that "a specific intervention might be considered, for example, every 5 or 10 years, by a high level ad-hoc Government entity, for example, a Committee formed by the Ministers of Finance and of Energy and Mines, to supervise a tariff outside study commissioned by the concession holders from a prestigious

---

<sup>7</sup> *Id.* at 33.

<sup>8</sup> See *Alegría I* ¶ 13 (CER-1).

<sup>9</sup> Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Restructuring The Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms, Final Report* dated June 1993, at 34 (emphasis added) (C-9).

<sup>10</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>11</sup> *Id.*

consulting agency.”<sup>12</sup> They also noted that “[t]he permanent regulatory function would be limited to overseeing compliance with the law in matters such as safety of facilities (a function that might be assigned to the Ministry of Energy and Mines, for example), even if the arbitration of conflicting aspects might be given to arbitrating courts appointed by the parties.”<sup>13</sup> Thus, the recommendation of Messrs. Bernstein and Descazeaux was to minimize the intervention of the Government in the tariff-setting process by requiring distributors to commission an external tariff study by a prestigious consulting firm, and by requiring any disputes between the regulator and the distributor regarding that study to be submitted to an independent body, such as an arbitration panel, for resolution.

5. As discussed in my first expert opinion,<sup>14</sup> the final version of the LGE included the following elements of that recommendation: (i) every five years, the distributor commissions an independent VAD study to calculate its VAD;<sup>15</sup> (ii) a prestigious consulting firm, which is prequalified by the CNEE, performs the independent VAD study using a model efficient company as a benchmark; (iii) the CNEE is the Government body that supervises the progress of the VAD study; and (iv) any disputes or discrepancies between the CNEE and the distributor with respect to the VAD study shall be resolved by a three-person Expert Commission appointed by the parties.<sup>16</sup>

6. Since the inception of the legal reforms to Guatemala’s electricity sector, it thus was recognized that, in order to completely depoliticize the tariff-setting process, there was a need to (i) limit the participation of the Government to that of a supervising body of the tariff review process, which determines the key elements or components needed to establish the distributor’s tariffs; (ii) use independent consultants to perform specific tasks and to calculate some of the elements needed to establish the tariffs; and (iii) create a process for establishing an

---

<sup>12</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>13</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>14</sup> See *Alegría I* ¶¶ 20-33 (CER-1).

<sup>15</sup> As I explained in my first expert opinion, the VAD is the value added by the distribution network and comprises part of the distributor’s electricity tariffs. See *id.* ¶ 25.

<sup>16</sup> See LGE, Arts. 71-79 (C-17).

independent body to resolve disputes between the regulator and the distributor relating to the independent consultant's study. As I explained in my first expert opinion, such a system of checks and balances aimed to guarantee that neither the distributor nor the Government would have unilateral power in setting the distributor's tariffs, which could be harmful for the regulated consumer, on the one hand, and for the distributor, on the other hand.<sup>17</sup> In order to limit political intervention in the tariff-setting process, the LGE included three key aspects: first, each distributor must "calculate the VAD components through a study entrusted to an engineering firm prequalified by the [CNEE]," as per Article 74 of the LGE;<sup>18</sup> second, the CNEE supervises the progress of the studies, but does not have the right to perform the studies itself, as per Article 74 of the LGE;<sup>19</sup> and third, any disputes or discrepancies regarding the VAD study that persist between the parties shall be referred to a panel of independent experts, which "shall rule on the differences in a period of 60 days counted from its appointment," as per Article 75 of the LGE.<sup>20</sup>

7. With respect to the nature and function of the Expert Commission, it has been questioned whether the decisions or "pronouncements" of that Commission should be considered as a binding resolution of the discrepancies between the parties.<sup>21</sup> As I explained in my first expert opinion,<sup>22</sup> under Articles 75 and 76 of LGE, the Expert Commission's decisions on the discrepancies are binding upon the parties, and the CNEE must use the resulting VAD to establish the distributor's new tariff schedule.<sup>23</sup> The resolution of disputes regarding the

---

<sup>17</sup> See *Alegría I* ¶¶ 25-31 (**CER-1**).

<sup>18</sup> LGE, Art. 74 (**C-17**).

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Id.*, Art. 75.

<sup>21</sup> See, e.g., Respondent's Memorial on Objections to Jurisdiction and Admissibility and Counter-Memorial on the Merits dated 24 Jan. 2012 ("Counter-Memorial") ¶¶ 206-213; Expert Legal Opinion of Juan Luis Aguilar Salguero dated 18 Jan. 2012 (hereinafter "Aguilar") ¶¶ 46-58 (**RER-3**).

<sup>22</sup> See *Alegría I* ¶¶ 30-31 (**CER-1**).

<sup>23</sup> LGE, Art. 75 ("The Commission shall review the studies performed and may make comments on the same. In case of differences made in writing, the Commission and the distributors shall agree on the appointment of an Expert Commission made of three members, one appointed by each party and the third by mutual agreement. The Expert Commission shall rule on the differences in a period of 60 days counted from its appointment.") (**C-17**); *id.*, Art. 76 ("The Commission shall use the VAD and the prices for acquisition of energy referenced to the inlet to the distribution network to structure a set of rates for each awardee. Such rates shall strictly reflect the economic cost of acquiring and distributing the electric energy.").

distributor's VAD study accordingly is left to experts, with neither the regulator nor the distributor having the power to determine the results of the VAD study unilaterally.<sup>24</sup> As I further noted in my first expert opinion, undermining the dispute resolution function of the Expert Commission would be equivalent to granting the CNEE *carte blanche* in setting the distributor's VAD,<sup>25</sup> which could be potentially harmful for the distributor and would contradict the recommendations of the Bernstein and Descazeaux Report cited above.

8. With respect to the role of the Expert Commission, I note that Mr. Bernstein, who drafted both the Report and the first draft of the LGE and RLGE, is a Chilean consultant, and that, in the Report, Mr. Bernstein uses as a benchmark the Chilean electricity system and the Chilean distribution company, Chilquinta, S.A.<sup>26</sup> In order to understand the language used in Article 75 of the LGE with respect to the Expert Commission, it is therefore worth looking to the Chilean electricity law and its regulations. In Chile, the electricity sector is regulated by the *Ley General de Servicios Electricos, en Materia de Energía Eléctrica*, which came into effect in 1982 and has been amended from time to time.<sup>27</sup> Article 208 of the Chilean Electricity Law establishes an Expert Panel to resolve discrepancies related to certain matters listed therein.<sup>28</sup> This Expert Panel is of a permanent nature and its members are appointed for a six-year term.<sup>29</sup> With respect to the discrepancies, Article 211 of the Chilean Electricity Law provides that “[t]he Expert Panel’s report will be pronounced exclusively over the aspects in which the discrepancy exists.”<sup>30</sup> It also provides that the report will be binding for those who participate in the respective proceeding and no remedy, whether jurisdictional or administrative, of an ordinary or

---

<sup>24</sup> See *Alegría I* ¶ 31 (CER-1).

<sup>25</sup> See *id.* ¶ 68.

<sup>26</sup> Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Restructuring The Power Sector in Guatemala: Analysis of Decentralization and Private Participation Mechanisms, Final Report* dated June 1993, at 16-18 (C-9).

<sup>27</sup> Chilean General Electricity Law dated 2 May 2007 (C-482).

<sup>28</sup> *Id.*, Art. 208.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> *Id.*, Art. 211.

extraordinary nature, will be allowed.<sup>31</sup> An exception to this rule is granted for specific cases in which the report may be contested if it exceeds the scope of the discrepancy at issue.<sup>32</sup> In the context of Article 211 of the Chilean Electricity Law, the following elements thus appear: (i) discrepancies are resolved by an Expert Panel; (ii) the verb “to pronounce” is used with respect to the issuance of the Expert Panel’s report; and (iii) the report or resolution of the Expert Panel is binding upon the parties. Article 211 of the Chilean Electricity Law, like Article 75 of the LGE (Article 65 of the original draft LGE prepared by Mr. Bernstein),<sup>33</sup> thus provides for a panel of experts to issue a binding ruling and uses the verb “to pronounce” when referring to the issuance of such ruling.

9. Article 314 of the Regulation of the Chilean Electricity Law, the *Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos*, includes a similar procedure.<sup>34</sup> Article 314 relates to the calculation of the New Replacement Value (“VNR”) of the distributor’s assets to be taken into account when determining the electricity tariffs for final users and provides, in relevant part, as follows:

In the event of discrepancies, the companies may request that an expert commission be convened to determine the VNR. The commission shall be made up by three expert engineers, one to be appointed by the President of the Republic and another by the interested concessionaire, the third member being the dean of a School of Engineering, headquartered in the capital city, of a State University with the longest seniority in such position. The expert commission shall rule on the VNR by 31 December of the year in question.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> Bill of the General Electricity Law and its Regulations, Final Draft, Republic of Guatemala dated 4 Apr. 1995, Art. 65 (C-13).

<sup>34</sup> Regulations of the Chilean General Electricity Law dated 9 Oct. 1998, Art. 314 (C-429).

<sup>35</sup> *Id.* (“*En caso de existir discrepancias, las empresas podrán solicitar la constitución de una comisión pericial, a quien corresponderá determinar el respectivo VNR. Esta comisión estará integrada por tres peritos ingenieros, uno nombrado por el Presidente de la República, otro designado por el respectivo concesionario, y el tercero será el decano de una Facultad de Ingeniería, con asiento en la capital, de una Universidad*”).



This provision of the Chilean Regulation is strikingly similar to Article 75 of the LGE: (i) it refers to discrepancies between the regulator and the distributor with respect to an element of the VAD to be taken into account when determining the distributor’s electricity tariffs; (ii) it calls for the appointment of a three-member expert commission to resolve the discrepancies; and (iii) it uses the verb “*pronunciarse*” when referring to the ruling of the expert commission. The only difference is that Article 314 of the Chilean Regulation states that the expert commission shall determine the VNR through its “pronunciation,” while Article 75 of the LGE provides that the Expert Commission shall resolve the discrepancies between the parties with respect to the distributor’s VAD study.

10. Based upon the Chilean Electricity Law and its Regulation, it can be concluded that, when Mr. Bernstein drafted Article 75 of the LGE (Article 65 of the original draft LGE prepared by Mr. Bernstein), he understood from his own system in Chile that the expert commission would issue a binding resolution on the discrepancies between the regulator and the distributor and that, in that context, the term “pronunciation” refers to a binding ruling, and not merely to a non-binding advisory opinion. Guatemala’s argument that the original intention of the LGE was for the Expert Commission to serve as a simple advisor to the CNEE in the tariff review process and that the Expert Commission’s “pronouncement” in Article 75 of the LGE refers only to an educated opinion that may be accepted or rejected by the CNEE thus ignores the context in which the LGE was drafted.

## **B. Establishment of the CNEE**

11. The need for independent experts to resolve disputes between the regulator and the distributor regarding the elements to be used to determine the distributor’s electricity tariffs is further magnified by the fact that the CNEE is neither autonomous nor independent from the Political Branch, as had been recommended by Messrs. Bernstein and Descazeaux in their Report and included in the first draft of the LGE prepared by Mr. Bernstein as a consultant for

---

*estatal, con mayor antigüedad en el ejercicio del cargo. La comisión pericial deberá pronunciarse sobre el VNR antes del 31 de diciembre del año respectivo.”).*

Synex.<sup>36</sup> As provided in Article 5 of the first draft of the LGE, a Regulatory Commission was to be established as an autonomous entity with its own legal personality, separate from the Executive Branch of the Government: “Prices for the electricity transmission and distribution services that are the subject-matter of a concession shall be determined by a Regulatory Commission, which will be a technical entity legally recognized [to have] separate legal-entity status.”<sup>37</sup>

12. Pursuant to Article 134 of the Political Constitution of the Republic of Guatemala, the creation of an autonomous and decentralized entity with its own juridical personality requires the favorable vote of two-thirds of the representatives in Congress.<sup>38</sup> In order for the regulatory body to be created by the new general electricity law as an autonomous entity, the favorable vote of two-thirds of Congress thus was required (at that time, the Congress was comprised of 80 representatives). When the draft of the LGE was brought before Congress for discussion, it encountered strong political opposition from the representatives of many political parties. According to a report issued by UNCTAD in December 2010 (the “UNCTAD Report”),<sup>39</sup> and as contemporaneous newspaper articles confirm,<sup>40</sup> the ruling party was not able to obtain the favorable vote of two-thirds of Congress required to grant the CNEE full autonomy and independence. Article 4 of the draft LGE relating to the CNEE thus was revised and “[i]nstead of being a self-governed agency, as provided in the prior bill, the National Electricity Commission (the ‘CNEE’) [was included as] an agency under the Ministry of Energy and Mines (the ‘MEM’).”<sup>41</sup> As the Congressional President, Carlos García Regás, noted at the time, “[w]ith this change, which helps avoid a full privatization of the electricity sector, we hope the bill can

---

<sup>36</sup> Bill of the General Electricity Law and its Regulations, Final Draft, Republic of Guatemala dated 4 Apr. 1995, Art. 5 (C-13).

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> Political Constitution of Guatemala, as amended by Decree No. 18-93, Art. 134 (C-11).

<sup>39</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *Investment Policy Review of Guatemala* dated Dec. 2010, at 81 (C-532).

<sup>40</sup> See *CNEE will report to the MEM* dated 13 Sept. 1996 (C-422); *New Electricity Bill to be discussed today* dated 17 Sept. 1996 (C-423).

<sup>41</sup> *CNEE will report to the MEM* dated 13 Sept. 1996 (C-422).

be passed unanimously.”<sup>42</sup> Mr. Regás further noted that “[w]e do not want this self-governed entity changed, but due to the systematic opposition shown by FRG’s representatives, we have been left with no other choice, due to the importance of the Law.”<sup>43</sup> During the third round of discussions for approving the LGE, Representative Ruano Herrera similarly remarked that it was “a pity that we fail to find ourselves authorizing an autonomous entity on this day, for otherwise many of the doubts raised here would be dissipated.”<sup>44</sup> At the end of the discussion of the third reading of the LGE on 16 October 1996, the LGE was approved by 49 votes in favor, 23 votes against, and 8 absentees.<sup>45</sup>

13. Article 4 of the draft LGE, as presented on 16 October 1996, provided as follows: “The National Electric Energy Commission, referred to as the Commission, is created as a technical organ depending upon the Ministry [of Energy and Mines] . . . .”<sup>46</sup> As per the request of the members of the Energy and Mines Commission in Congress, Article 4 subsequently was revised to grant the CNEE “functional independence” from the MEM: “The National Electricity Commission (‘the Commission’) is hereby created as a technical division of the Ministry [of Energy and Mines]. The Commission shall have functional independence to exercise its powers . . . .”<sup>47</sup> This is the way that Article 4 of the LGE reads today.<sup>48</sup> Even with this last-minute change, however, the CNEE is part of the hierarchical structure of the MEM, and thus, the CNEE depends upon the MEM and is subject to the superior authority of the MEM. Accordingly, although the CNEE has functional independence in the exercise of its powers and has its own budget, it is not structurally independent from the Executive Branch. As the UNCTAD Report observes, “when the Electricity Law was approved, the incumbent Government did not reach the necessary majority to give the new regulatory commission full

---

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *New Electricity Bill to be discussed today* dated 17 Sept. 1996 (C-423).

<sup>44</sup> *Diary of Sessions of the Congress of the Republic of Guatemala, Ordinary Period 1996-1997, Record of Session No. 074* dated 16 Oct. 1996, at 102 (C-16).

<sup>45</sup> *Id.* at 108.

<sup>46</sup> *Id.* at 69.

<sup>47</sup> *Id.* at 112.

<sup>48</sup> LGE, Art. 4 (C-17).

structural independence and episodes of interference occurred in early years of the Commission's life."<sup>49</sup> As the UNCTAD Report further observes, "it is advisable to strengthen the institutional insulation of the regulator from the executive, in line with best international practice," noting that "[t]his would foster investors' trust on the equanimity of the balance between public interest and private interests" and "would also protect the regulator from further claims of political dependence."<sup>50</sup>

14. With respect to the MEM's control over the CNEE's activities, it should be noted that all of the resolutions issued by the CNEE may be contested by administrative remedies that are to be resolved by the MEM, which has the legal authority to revoke or amend the CNEE's contested resolutions.<sup>51</sup> This has been confirmed by the Guatemalan Constitutional Court, the highest court in Guatemala responsible for resolving constitutional matters.<sup>52</sup> The Constitutional Court also has confirmed that the CNEE is subject to the authority of the MEM. In File No. 1057-2004, the Constitutional Court affirmed the lower court's ruling that the CNEE "reports to a higher-ranking authority, *i.e.*, the Ministry of Energy and Mines" and that "it was this Ministry that had to decide on the admissibility of the request for reversal."<sup>53</sup> This was further confirmed by the Constitutional Court in File No. 1886-2004. In that case, the CNEE had rejected, on its own authority, a revocation remedy filed by Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A., another distribution company in Guatemala. The Court ruled that it was "up to the Ministry of Energy and Mines to decide on the admissibility or inadmissibility of [the administrative remedy]."<sup>54</sup> This decision was based upon the requirement that the CNEE send the administrative remedy to its hierarchical superior, the MEM, for resolution.

---

<sup>49</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *Investment Policy Review of Guatemala* dated Dec. 2011, at 81 (C-532).

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> See Ministry of Energy and Mines Government Resolution No. 256-97 dated 21 Mar. 1997 ("RLGE"), Art. 149 (C-21).

<sup>52</sup> Constitutional Court Decisions in File Nos. 235-2000 and 780-2000 dated 24 May 2000 (C-443) and 8 Mar. 2001 (C-441).

<sup>53</sup> Constitutional Court Decision in File No. 1057-2004 dated 8 July 2004 (C-463).

<sup>54</sup> Constitutional Court Decision in File No. 1886-2004 dated 13 Oct. 2004 (C-465).

15. That the CNEE's authority is subject to the supervision and superior power of the MEM is further demonstrated by the fact that the internal regulation of the CNEE must be approved and issued by the MEM through a Ministerial accord.<sup>55</sup> Recently, the CNEE's internal regulation was revised in its entirety by Ministerial Accord No. 161-2011 dated 22 August 2011, which entered into force on 27 August 2011.<sup>56</sup> This internal regulation includes a new Article 15, which is entitled "Legal Protection."<sup>57</sup> Article 15 provides as follows:

The directors of the Commission, as well as its authorities, officers, and employees, shall be entitled to have the National Electricity Commission bear the expenses and court costs required for their defense in the event they are sued as a result of documents or decisions issued in the discharge of their duties. The foregoing shall apply even where any such director, authority, officer or employee is no longer in office. The Commission shall determine the mechanism to be implemented in furtherance of this Article.<sup>58</sup>

The prior internal regulation of the CNEE, which was approved by Ministerial Accord No. OM-275-98,<sup>59</sup> did not contain any such protection for the CNEE's Directors and officials. The blanket legal protection granted to the CNEE's Directors and officials, both during their tenure and thereafter, is equivalent to eliminating their personal liability for any actions taken in the exercise of their official duties. It does not matter whether they violated the law or not; Article 15 grants them absolute coverage for their legal costs and expenses for claims brought against them for actions taken in their official capacity. I note that this provision is inconsistent with LGE Article 5, which provides that the CNEE's Directors will exercise their functions "with absolute independence of judgment and under their sole responsibility."<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> RLGE, Art. 36 (C-21).

<sup>56</sup> Ministerial Accord No. 161-2011 dated 22 Aug. 2011 (C-542).

<sup>57</sup> *Id.*, Art. 15.

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> Ministerial Accord No. OM-275-98 dated 29 July 1998 (C-427).

<sup>60</sup> LGE, Art. 5 (C-17). I also note that this provision is most likely unconstitutional, because it directly contradicts Article 154 of the Political Constitution of the Republic of Guatemala. Article 154 of the Constitution provides that "[Government] Officials are depositaries of authority, legally responsible for their

16. Moreover, under Article 155 of the Political Constitution of the Republic of Guatemala, when a dignitary, government official, or worker of the State, in the exercise of his official functions, violates the law to the prejudice of private citizens, the State or the State Institution which he serves is jointly and severally liable for the damages and losses that are caused.<sup>61</sup> Based upon Article 155 of the Constitution, the CNEE thus is jointly and severally liable for any damages caused by the actions of the CNEE's Directors or officials. Accordingly, regardless of the actions of the CNEE's Directors and officials, through Article 15 of the CNEE's internal regulation, the CNEE will cover the costs of their legal defense and, because the CNEE will be jointly and severally liable for any actions taken in their official capacity, the Directors and officials also effectively will not be responsible for any losses or damages. This removes a strong incentive for Directors and officers to refuse to follow instructions to act unlawfully, as those Directors and officers, even if later sued, will not be held liable for any losses or even have to bear the burden of their legal defense.

### **III. THE REGULATORY FRAMEWORK ESTABLISHED BY THE LGE AND RLGE FOR THE DISTRIBUTION OF ELECTRICITY IN GUATEMALA**

#### **A. Calculation of the Distributor's VAD**

17. The Judiciary Law in Guatemala (Decree No. 2-89) establishes the rules for the interpretation of Guatemalan law.<sup>62</sup> Article 10 of the Law provides that, in the interpretation of the law, legal norms will be interpreted consistent with their text, according to the proper sense of their words, context, and according to the constitutional provisions; it also provides that, when a law is clear, its literal meaning will not be disregarded with the excuse of consulting its spirit.<sup>63</sup>

---

official conduct, subject to the law and never above it [the law].” Political Constitution of Guatemala, as amended by Decree No. 18-93, Art. 154 (C-11).

<sup>61</sup> Political Constitution of Guatemala, as amended by Decree No. 18-93, Art. 155 (C-11).

<sup>62</sup> Decree No. 2-89 of the Congress of the Republic (“Judiciary Law”) entered into force on 31 Dec. 1990, Art. 9; *see also id.*, Art. 1 (“GENERAL RULES. The essential rules of this law are the general regulations on the application, interpretation, and integration of the Guatemalan legal system.” [ARTICULO 1. *NORMAS GENERALES. Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.*]) (C-6).

<sup>63</sup> *Id.*, Art. 10.

18. As I explained in my first expert opinion,<sup>64</sup> under Article 74 of the LGE, “[e]ach distributor shall calculate the VAD components through a study entrusted to an engineering firm prequalified by the [CNEE].”<sup>65</sup> The literal words of Article 74 are clear: the Distributor is the entity to which the law gives the task of calculating the VAD components through a study performed by an independent consultant prequalified by the CNEE.<sup>66</sup> The wording of Article 74 does not allow for a different interpretation. Under the LGE, it therefore cannot be the CNEE which calculates the distributor’s VAD components through its own independent VAD study. As I set forth in my first expert opinion, although amended RLGE Article 98 contemplates that the CNEE may calculate the VAD components through its own independent VAD study in certain limited circumstances, amended RLGE Article 98 is inconsistent with Article 74 of the LGE and, in my opinion, is unconstitutional.<sup>67</sup>

19. In addition, while the CNEE is empowered under LGE Article 74 to establish the methodology to calculate the VAD, the CNEE does not have the power to calculate the VAD components itself, but must rely upon the distributor’s VAD study. As the final paragraph of Article 74 provides, “[t]he terms of reference of the study(ies) of the VAD shall be drawn up by the [CNEE], which shall have the right to supervise progress of such studies.”<sup>68</sup> Thus, once the Terms of Reference have been issued and the consultants have been prequalified by the CNEE, the CNEE’s only power during the development of the VAD study is to supervise its progress. As I further explained in my first expert opinion,<sup>69</sup> the CNEE does not have unfettered discretion in drafting the Terms of Reference for the preparation of the distributor’s VAD study, but must

---

<sup>64</sup> Alegoría I ¶ 27 (CER-1).

<sup>65</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>66</sup> Guatemala does not dispute this point in its Counter-Memorial. *See, e.g.*, Counter-Memorial ¶ 194 (“Under Guatemala’s LGE, the distributor performs the study, and the regulator has the right to comment on, approve, or reject the study. This task is delegated to the distributor principally because the distributor is better positioned to access the information and documentation necessary to perform the study.”).

<sup>67</sup> Alegoría I ¶¶ 35-40 (CER-1). As I explained in my first expert opinion, amended RLGE Article 98 applies in two situations: (i) where the distributor fails to submit a VAD study, and (ii) where, after the distributor submits a VAD study and the CNEE has made observations on the same, the distributor fails to send the corrections to the original VAD study. *See id.* ¶ 37.

<sup>68</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>69</sup> Alegoría I ¶ 29 (CER-1).

apply the formulas and calculation procedures set forth in the RLGE and may not manipulate them to obtain predetermined results.<sup>70</sup>

20. In its Counter-Memorial, Guatemala asserts that interpreting the LGE and RLGE such that the CNEE is the mere “supervisor” of the progress of the VAD study prepared by the distributor’s consultant is an interpretation that is directly incompatible with the letter of the law, because the CNEE is the regulatory entity that is specifically empowered to “determine tariffs” and therefore also is specifically empowered to “define and approve the VAD.”<sup>71</sup> In so arguing, Guatemala relies upon paragraphs 10 and 46 through 58 of Mr. Aguilar’s expert opinion regarding the authority of the CNEE to determine the distributor’s tariffs.<sup>72</sup> These assertions are misleading and based upon the false premise that, because the CNEE is empowered to “determine tariffs,” only the CNEE can “define and approve the VAD.”

21. Under Article 4(c) of the LGE, one of the powers of the CNEE is to “[d]efin[e] the transmission and distribution rates subject to regulation in accordance with this law, as well as the methodology for calculation of the same.”<sup>73</sup> This is a general provision, which states that the CNEE is the regulatory authority with the power to determine transmission and distribution tariffs. This fact is not contested or doubted in any way, and it also is contained in Article 61 of the LGE, which states that the CNEE will determine the tariffs by adding the components of the cost of the acquisition of capacity and energy and the efficient costs of distribution referred to in Article 60 of the LGE.<sup>74</sup> In the articles that relate specifically to the methodology for calculating the VAD (LGE Articles 74 and 75), however, the LGE expressly states that the VAD

---

<sup>70</sup> See RLGE, Arts. 88-90 (C-21).

<sup>71</sup> Counter-Memorial ¶ 171.

<sup>72</sup> Aguilar ¶¶ 10, 46-58 (RER-3).

<sup>73</sup> LGE, Art. 4(c) (C-17).

<sup>74</sup> *Id.*, Art. 61 (“Rates to users of the Final distribution service shall be determined by the Commission by adding the power and energy acquisition cost components, freely agreed upon among generators and distributors and referenced to the inlet to the distribution network with the components of efficient costs of distribution to which the preceding article refers. The rates shall be structured such that they promote equality of treatment to consumers and economic efficiency of the sector. In no case may costs attributable to the service provided to a category of users be recovered through rates charged to other users.”).



components are to be calculated by the distributor, and not by the CNEE.<sup>75</sup> Thus, while the CNEE is responsible for determining the distributor's tariffs by adding the cost of the acquisition of capacity and energy and the distributor's VAD and then publishing the new tariff schedule, the CNEE has no authority under the LGE to calculate the distributor's VAD.

22. Article 13 of the Judiciary Law regarding the interpretation of the law provides that "[s]pecial statutory provisions shall prevail over general ones."<sup>76</sup> Given that LGE Article 74 contains a special provision regarding the calculation of an element of the distributor's tariffs (the VAD component), such provision prevails over LGE Article 4(c), which is a general provision regarding the broad power of the CNEE to determine distribution tariffs. If the rules of interpretation of the law are correctly applied to interpret the LGE, the only possible conclusion is that (i) the CNEE has no legal authority to calculate the VAD components itself; and (ii) during the development of the VAD studies, the CNEE may exercise only supervisory power over the progress of the studies.

23. The CNEE is, however, granted the opportunity to contest the VAD studies once they are completed. This power is established in Article 75 of the LGE, which provides that the CNEE "shall review the studies performed and may make comments on the same."<sup>77</sup> The wording of LGE Article 75 is clear in the sense that the CNEE may make comments on the "studies performed," using the past tense when referring to the performance of the studies. It may be assumed that this limitation on the CNEE's power was set out in order to prevent the CNEE's interference in the work of the distributor's consultant. LGE Article 75 further provides that, if the CNEE's comments on the consultant's VAD study result in discrepancies or disagreements, the CNEE and the distributor "shall agree on the appointment of an Expert Commission made of three members, one appointed by each party and the third by mutual agreement," which "shall rule on the differences in a period of 60 days counted from its

---

<sup>75</sup> *See id.*, Arts. 74-75.

<sup>76</sup> Judiciary Law, Art. 13 (C-6).

<sup>77</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

appointment.”<sup>78</sup> As noted above, the results of the VAD study incorporating the rulings of the Expert Commission must be used by the CNEE to establish the distributor’s new tariff schedule under LGE Article 76.<sup>79</sup>

24. In his expert opinion, Mr. Aguilar confuses the calculation of the distributor’s VAD with the calculation of the distributor’s tariffs, which are two different things. For example, in an attempt to justify his position that the CNEE has the power to calculate the VAD components, Mr. Aguilar states that, “[w]ith regard to the CNEE’s responsibility to approve the VAD studies (tariff studies), the following RLGE provisions must, for example, be noted: ... b. [RLGE] Article 83, which specifies the CNEE’s responsibility to determine the costs to be included in the VAD: ‘the costs that, upon the Commission’s criteria, are excessive or not related to the exercise of the activity [...] shall not be included as supply costs.’”<sup>80</sup> Guatemala similarly argues in its Counter-Memorial that the “RLGE specifically defines which costs must not be recognized and grants the CNEE the discretion to reject any costs that it considers inappropriate or excessive” under RLGE Article 83.<sup>81</sup> RLGE Article 83, however, does not relate to the calculation of the distributor’s VAD, but to the costs that are not to be included as supply costs in the calculation of the distributor’s Base Tariffs.<sup>82</sup>

25. Under Article 71 of the LGE, the Base Tariffs for end consumers of the final distribution service are calculated by the CNEE as the sum of: (i) the adjusted price of all energy and capacity purchases by the distributor, and (ii) the VAD.<sup>83</sup> In order for the CNEE to calculate

---

<sup>78</sup> *Id.*

<sup>79</sup> *Id.*, Art. 76.

<sup>80</sup> Aguilar ¶ 33 (**RER-3**).

<sup>81</sup> Counter-Memorial ¶ 165.

<sup>82</sup> RLGE, Art. 83 (“The following shall not be included as supply costs for the calculation of the Base Tariffs: financial costs, equipment depreciation, costs related to generation assets owned by the Distributor, costs associated with the public lighting installations, loads due to excess demand over the demand contracted, established in the Specific Regulations of the Wholesale Market Administrator, any payment that is additional to the capacity agreed in the capacity purchase contracts and other costs that, in the opinion of the Commission, are excessive or do not correspond to the exercise of the activity.”) (**C-21**).

<sup>83</sup> LGE, Art. 71 (“The rates to end consumers for the final distribution service, in their components of power and energy, shall be calculated by the Commission as the sum of the weighted price of all the distributor purchases referenced to the inlet to the distribution network and the Valued Added of Distribution (Valor

the adjusted price of energy and capacity purchases, *i.e.*, the first component of the Base Tariffs, the CNEE must apply the rules set forth in RLGE Articles 79 through 90, which refer to the real costs incurred by the distributor in purchasing energy and capacity.<sup>84</sup> Those costs are not derived from the distributor's VAD study and are not the costs of a model efficient company, but represent the distributor's actual costs in purchasing electricity for distribution, which are passed on to end consumers through the tariff.<sup>85</sup> Contrary to Mr. Aguilar's expert opinion, the CNEE's authority under RLGE Article 83 to exclude certain costs as supply costs in the calculation of the distributor's Base Tariffs does not mean that the CNEE has the power to determine the distributor's VAD. Nor does RLGE Article 83 give the CNEE "discretion to reject any costs that it considers inappropriate or excessive" in the distributor's VAD study, as Guatemala contends in its Counter-Memorial.

26. Moreover, although the CNEE must approve the distributor's VAD study under RLGE Articles 92 and 99,<sup>86</sup> that approval is not a discretionary act of the CNEE. If the CNEE is in agreement with the VAD study performed by the distributor's consultant, the CNEE shall approve that study without making any observations under Article 75 of the LGE. If the CNEE, however, is not in agreement with the VAD study, then it is entitled to make observations under Article 75 of the LGE (which, according to Guatemala's interpretation of RLGE Article 98, is equivalent to requesting corrections to the studies).<sup>87</sup> Under RLGE Article 98, if the distributor,

---

Agregado de Distribución - VAD). In order to reference the prices for the acquisition of power and energy to the inlet to the distribution network, the Commission will add the applicable subtransmission tolls. The prices for the acquisition of power and energy at the inlet to the distribution network shall necessarily be stated according to a power component relative to maximum annual demand of the distributor (Q/kW/month) and an energy component (Q/kw/hr.)" (C-17).

<sup>84</sup> RLGE, Arts. 79-90 (C-21).

<sup>85</sup> *See id.*, Art. 86 ("Before March 31 of each year, the AMM shall submit to the [CNEE] the calculation of the energy and capacity prices, to be passed through to the tariffs for each of the Distributors. The calculation methodology shall be established in the Specific Regulations of the Wholesale Market Administrator, and shall be based on the following criteria: a) For the capacity price, the cost associated with the Existing Contracts and/or the new contracts resulting from open biddings shall be used. b) For the energy, the projected energy price in the Wholesale Market shall be used. The [CNEE] shall approve or reject such calculation. If it rejects it, it shall request the corresponding recalculation from the AMM.").

<sup>86</sup> *Id.*, Arts. 92, 99.

<sup>87</sup> LGE, Art. 75 (C-17); RLGE, Art. 98 (C-21).

through its consultant, is not in agreement with the observations (*i.e.*, the consultant does not make all of the corrections to the study as per the observations), then discrepancies are recorded in writing and an Expert Commission is constituted to resolve them, as per Article 75 of the LGE.<sup>88</sup> If the LGE and the RLGE are applied correctly, once the Expert Commission has issued its decisions on the discrepancies, the VAD study, which has been revised to incorporate the Expert Commission's decisions, shall be approved by the CNEE and the distributor's new tariffs shall be set by the CNEE using the results of that study.<sup>89</sup>

27. The position of Guatemala and its legal expert, Mr. Aguilar, is that, under LGE Article 75 and RLGE Article 98, the CNEE's observations on the distributor's VAD study are mandatory, and that the decisions issued by the Expert Commission on the discrepancies are merely advisory opinions, which the CNEE may or may not take into account in determining the distributor's VAD. As explained in my first expert opinion and further below, this interpretation defeats the purpose of the Expert Commission and is contrary to both LGE Article 75 and RLGE Article 98, which expressly contemplate that the distributor may disagree with the CNEE's observations and that, if discrepancies persist between the parties, they shall be referred to an Expert Commission for resolution.<sup>90</sup> Guatemala's interpretation also is based upon an oversimplification of the CNEE's powers under the LGE and RLGE, and confuses the process for calculating the distributor's VAD with the CNEE's power to determine the distributor's tariffs, treating these two issues as if they were one and the same, when they are different.

28. In its Counter-Memorial, Guatemala further asserts that, following EEGSA's 2003-2008 tariff review, RLGE Article 99 was amended in 2003 in order to allow the CNEE to issue and implement a tariff schedule immediately, where the distributor's tariff schedule has expired, and that the purpose of the 2003 amendments was to prevent the distributor from continuing to apply its previous tariff schedule.<sup>91</sup> This is wrong; amended RLGE Article 99

---

<sup>88</sup> LGE, Art. 75 (C-17); RLGE, Art. 98 (C-21).

<sup>89</sup> LGE, Arts. 75-76 (C-17); RLGE, Arts. 98-99 (C-21).

<sup>90</sup> See *Alegría I* ¶ 67 (CER-1); *infra* ¶¶ 30-43.

<sup>91</sup> Counter-Memorial ¶¶ 266-268.

gives the CNEE no such authority. As I explained in my first expert opinion,<sup>92</sup> the MEM amended RLGE Articles 98 and 99 by Government Accord No. 787-2003 dated 5 December 2003<sup>93</sup> in order to resolve a situation created by an *amparo* request to suspend EEGSA's existing tariff schedule.<sup>94</sup> If EEGSA's existing tariff schedule had been suspended by the *amparo*, EEGSA would not have had a valid tariff schedule to apply and could not have operated. In order to resolve this issue, the MEM amended RLGE Articles 98 and 99 through Government Accord No. 787-2003 to allow the CNEE to issue and implement a tariff schedule immediately where the distributor's current tariff schedule had been suspended or invalidated by a court order such that the distributor has no tariff schedule to apply.<sup>95</sup> The second part of amended RLGE Article 99 thus provides that, if the distributor ends up without a tariff schedule (*i.e.*, where a court suspends or invalidates the current tariff schedule), the CNEE shall issue a tariff schedule immediately.<sup>96</sup> I note that, under amended RLGE Article 99, the CNEE issues the tariff schedule based upon the VAD calculated through the procedure set out in LGE Articles 71-79; amended RLGE Article 99 does not give the CNEE the authority to calculate the VAD on the basis of its own independent VAD study.

29. Amended RLGE Article 99 further provides that, “[i]f the [CNEE] has not published the new tariffs, the tariffs of the previous tariff schedule shall continue to apply with their adjustment formulas.”<sup>97</sup> This is fully consistent with LGE Article 78, which provides that, “[i]n the event that upon the expiration of the period of validity of the rates, the rates have not been set for the next period on account of the [CNEE], they may be adjusted by the awardees

---

<sup>92</sup> Alegría I ¶ 32 (CER-1).

<sup>93</sup> Government Accord No. 787-2003 dated 5 Dec. 2003, entered into force on 16 Jan. 2004 (C-82).

<sup>94</sup> See *Amparo* Request filed by the Human Rights Ombudsman before the Third Court of Appeals dated 20 May 2003 (C-452).

<sup>95</sup> Government Accord No. 787-2003 dated 5 Dec. 2003, entered into force on 16 Jan. 2004 (C-82).

<sup>96</sup> *Id.*, Art. 2 (amending RLGE Art. 99) (“In no case shall the activity of Final Distribution of the electric service be carried out without an effective tariff schedule. If a Distributor does not have a tariff schedule, the National Electric Energy Commission is charged with issuing and immediately putting into effect a tariff schedule, to comply with the above-enunciated principle.”).

<sup>97</sup> *Id.*

according to the automatic adjustment formulas.”<sup>98</sup> Similarly, RLGE Article 98, as amended by Government Accord No. 787-2003, provided that, “[u]ntil the distributor delivers the tariff studies, or until it performs the corrections to same . . . it may not modify its tariffs and it shall continue applying the effective tariffs at the time of the termination of the effective term of such tariffs.”<sup>99</sup> Thus, contrary to Guatemala’s assertions,<sup>100</sup> under the 2003 amendments, where the new tariff schedule was not published because of the distributor’s error, the distributor’s previous tariff schedules would have continued to apply without any adjustments.

## **B. Purpose and Authority of the Expert Commission**

30. As I explained in my first expert opinion, the role of the Expert Commission under LGE Article 75 is to rule on the discrepancies that persist between the CNEE and the distributor with respect to the distributor’s VAD study, after the CNEE has provided its observations on the study and after the distributor has responded with its corrections to the same.<sup>101</sup> LGE Article 75 provides as follows: “The [CNEE] shall review the studies performed and may make comments on the same. In case of differences made in writing, the [CNEE] and the distributors shall agree on the appointment of an Expert Commission made of three members, one appointed by each party and the third by mutual agreement. The Expert Commission shall rule on the differences in a period of 60 days counted from its appointment.”<sup>102</sup>

31. It is important to understand the purpose of the Expert Commission: the Expert Commission does not calculate the distributor’s VAD or approve the distributor’s tariffs; rather, the Expert Commission resolves any discrepancies or differences between the parties with respect to the calculation of the VAD components in the distributor’s VAD study. Once those differences are settled, the ruling of the Expert Commission is incorporated into the VAD study and the distributor’s VAD is calculated on the basis of that study. The distributor’s VAD then is

---

<sup>98</sup> LGE, Art. 78 (C-17).

<sup>99</sup> Government Accord No. 787-2003 dated 5 Dec. 2003, entered into force on 16 Jan. 2004, Art. 1 (amending RLGE Art. 98) (C-82).

<sup>100</sup> Counter-Memorial ¶ 269.

<sup>101</sup> See *Alegría I* ¶¶ 76-78 (CER-1).

<sup>102</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

used by the CNEE to establish the distributor's new tariff schedules. This is how, in my opinion, the Expert Commission's ruling is to be applied under LGE Article 75.

32. Guatemala and its legal expert, Mr. Aguilar, take the position that, under RLGE Article 98, the distributor has an obligation to incorporate all of the corrections requested by the CNEE in its observations and that the notion that the distributor's consultant may "reject" the CNEE's observations lacks any legal foundation.<sup>103</sup> That assertion simply is wrong. The fact that LGE Article 75 and RLGE Article 98 contemplate the existence of discrepancies that persist between the parties affirms that the distributor is not under any legal obligation to make all of the corrections requested by the CNEE. As I noted in my first expert opinion, if the distributor were so obligated, there would never be any reason for the appointment of an Expert Commission, because there would never be any discrepancies that persist between the CNEE and the distributor with respect to the distributor's VAD study.<sup>104</sup>

33. Guatemala's position also is contradicted by the addendum to the Terms of Reference for EEGSA's VAD study set forth in Resolution No. CNEE-124-2007.<sup>105</sup> Article 1.8 of the Terms of Reference provides that, as set forth in RLGE Article 98, "the CNEE shall have a period of two (2) months to evaluate the Study's Final Report submitted by the Distributor" and that, "[a]s a result of the evaluation, the CNEE shall make such observations as it may deem necessary."<sup>106</sup> Article 1.8 further provides that the "Distributor shall analyze said observations, make any corrections it deems appropriate and send the corrected final report of the study to the CNEE within fifteen (15) days of receiving the observations."<sup>107</sup> The CNEE thus expressly acknowledged in the Terms of Reference that the distributor has a right, and not an obligation, to make the corrections requested by the CNEE.

---

<sup>103</sup> Counter-Memorial ¶ 205.

<sup>104</sup> See *Alegría I* ¶ 67 (CER-1).

<sup>105</sup> Resolution No. CNEE-124-2007 dated 9 Oct. 2007 (C-127).

<sup>106</sup> *Id.*, Art. 1.8.

<sup>107</sup> *Id.* (emphasis added).

34. Similarly, amended RLGE Article 98 provides that, “[t]he Distributor, through the consultant company, shall analyze the observations, perform the corrections to the studies and shall deliver them to the [CNEE] within the term of fifteen days after receiving the observations” and that, “[i]f discrepancies between the [CNEE] and the Distributor persist, the procedure stipulated in article 75 of the Law shall be followed.”<sup>108</sup> It is clear from the text of amended RLGE Article 98 that the distributor has the right not to make all of the corrections requested by the CNEE, in which case a discrepancy shall be declared and an Expert Commission shall be constituted to resolve it.

35. Amended RLGE Article 98 further provides that, “[i]n case of the Distributor’s failure to deliver the studies or the corrections to same, the [CNEE] shall be empowered to issue and publish the corresponding tariff schedule, based on the tariff study the [CNEE] performs independently or performing the corrections to the studies begun by the distributor.”<sup>109</sup> As I explained in my first expert opinion, this procedure applies in two limited circumstances: (i) where the distributor fails to submit a VAD study, and (ii) where, after the distributor submits a VAD study and the CNEE has made observations on the same, the distributor fails to respond to the CNEE’s observations by correcting its VAD study in accordance with the observations or indicating its disagreement with the observations in writing.<sup>110</sup> Once the distributor has submitted its VAD study and responded to the CNEE’s observations, the CNEE thus is precluded from publishing the new tariffs on the basis of its own independent VAD study, even if the distributor’s VAD study does not include any of the corrections it requested. As set forth above, if the CNEE disagrees with the distributor’s VAD study, the CNEE shall record the discrepancies in writing and constitute an Expert Commission to resolve the differences. The CNEE, however, cannot simply disregard the distributor’s VAD study on the basis that it does not reflect the results that the CNEE wants.

---

<sup>108</sup> RLGE as amended by Government Accord No. 68-2007 dated 2 Mar. 2007 (“Amended RLGE”), Art. 98 (C-105).

<sup>109</sup> *Id.*

<sup>110</sup> Alegría I ¶ 37 (CER-1); Amended RLGE, Art. 98 (C-105).



36. With respect to the discrepancies, Guatemala argues that, “[g]iven that RLGE Article 98 establishes an obligation to ‘incorporate’ the corrections required by the CNEE, the discrepancies before the Expert Commission concern whether the distributor (i) implemented the corrections; and (ii) the corrections were properly implemented.”<sup>111</sup> This is incorrect. As explained above, the corrections requested by the CNEE in its observations are not mandatory, and the distributor thus may contest the content of those corrections. If the CNEE disagrees with the distributor’s response, discrepancies shall be declared and an Expert Commission shall be constituted to resolve the differences. The discrepancies before the Expert Commission thus do not concern merely whether the distributor properly implemented the corrections requested by the CNEE, but also may concern whether the CNEE’s corrections should be implemented at all, in view of the Terms of Reference and the provisions of the LGE and RLGE.

37. With respect to the binding nature of the Expert Commission’s ruling on the discrepancies, Guatemala argues that, “TGH’s translation to English of ‘*se pronunciará*’ as ‘*shall rule*’ is not only incorrect but also biased” and that “[t]he correct translation of the reflexive form ‘*pronunciarse*’ is ‘to pronounce oneself’ or ‘to declare oneself’ or ‘to give one’s opinion on’ (e.g. in favor of or against a proposal).”<sup>112</sup> This is incorrect. To be clear, LGE Article 75 says in Spanish “*se pronunciará*,” which is the future tense of the reflexive verb “*pronunciarse*.”<sup>113</sup> As I noted in my first expert opinion,<sup>114</sup> under Article 11 of the Judiciary Law, the words of the law shall be construed in accordance with the *Diccionario de la Real Academia Española*, with the corresponding meaning, unless the lawmaker has defined the terms expressly.<sup>115</sup> It is important to note two points in this provision: (i) all words may have different meanings according to the Dictionary, and the meaning that corresponds to the context is the one

---

<sup>111</sup> Counter-Memorial ¶ 207.

<sup>112</sup> *Id.* ¶ 211.

<sup>113</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>114</sup> Alegría I ¶ 76 and fn. 180 (CER-1).

<sup>115</sup> See Judiciary Law, Art. 11 (“The official language [of the law] is Spanish. The words of the law shall be construed in accordance with the Dictionary of the Spanish Royal Academy, with the corresponding meaning unless the legislature has explicitly defined them.”) (C-6).

to be used; and (ii) the exception to that rule applies only if the lawmaker expressly defines the meaning of the word.

38. Because the lawmaker did not include an express definition of “*pronunciar*” in LGE Article 75, one has to look to the *Diccionario de la Real Academia Española* for the appropriate meaning. As I explained in my first expert opinion,<sup>116</sup> the *Diccionario de la Real Academia Española* contains six definitions for this verb, including “[t]o determine, resolve” and “[t]o publish a sentence or decision,” both of which suggest a binding decision.<sup>117</sup> The definition “to publish a sentence or decision” also is preceded by the abbreviation “*Der.*” for “*derecho*,” which means that it is the definition to be used in a legal context.<sup>118</sup> The meaning favored by Guatemala and Mr. Aguilar of the word “*pronunciar*” is “[t]o declare or express oneself for or against somebody or something.”<sup>119</sup> This definition is not preceded by the abbreviation “*Der.*” and applies where an individual is “pronouncing” his or her views on a topic, as opposed to where a third party is rendering a decision on a disputed issue, such as the Expert Commission on the discrepancies in LGE Article 75.<sup>120</sup> As I further noted in my first expert opinion,<sup>121</sup> the verb “*pronunciar*” is used one other time in the LGE, and there it refers to the obligation of a competent authority to issue a final, binding decision.<sup>122</sup> Certain provisions of the RLGE also use the verb “*pronunciar*” to refer to a binding decision or resolution. For example, RLGE Article 27 provides that, “[o]nce the transfer request has been presented to the Ministry, the latter, with all the information required, shall have a term of two months to authorize the transfer or not” and that, “[i]f at the expiration of this term the Ministry has not rendered a decision [*no*

---

<sup>116</sup> Alegría I ¶ 76 (CER-1).

<sup>117</sup> Dictionary of the Royal Spanish Academy, 2001, second and fifth definitions of verb “*pronunciar*” (C-50).

<sup>118</sup> *Id.*, fifth definition of verb “*pronunciar*.”

<sup>119</sup> *Id.*, sixth definition of verb “*pronunciar*”; see also Counter-Memorial ¶ 211; Aguilar ¶ 49 (RER-3).

<sup>120</sup> Dictionary of the Royal Spanish Academy, 2001, second, fifth, and sixth definitions of verb “*pronunciar*” (C-50).

<sup>121</sup> Alegría I ¶ 76 (CER-1).

<sup>122</sup> See LGE, Art. 6 (defining “Environmental Impact Evaluation” to mean a “procedure whereby the competent authority rules [*se pronuncie*] on the environmental impact of a project) (C-17).

*se ha pronunciado*], it shall be interpreted as an approval of the transfer.”<sup>123</sup> In this context, the Ministry’s “pronouncement” with respect to the authorization of the requested transfer is not advisory, but is binding. As I noted earlier in this Opinion,<sup>124</sup> the Chilean Electricity Law and its Regulation, which served as a model for the LGE, use the word “*pronunciar*” in the context of a binding decision.<sup>125</sup>

39. Moreover, before this dispute arose in 2008, there appears to have been no doubt regarding the correct interpretation of the word “*pronunciar*” as it is used in LGE Article 75. For example, the Sales Memorandum prepared by Guatemala for the privatization of EEGSA in 1998, two years after the LGE was enacted, provides as follows: “*La Comisión revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias.*”<sup>126</sup> In English, this sentence reads: “The [CNEE] will review those studies and can make observations, but in the event of discrepancy, a Commission of three experts will be convened to resolve the differences.”<sup>127</sup> Keeping in mind that the Sales Memorandum was prepared by Guatemala for the sale of its shares in EEGSA, it is clear that, at that time, the meaning that Guatemala ascribed to the verb “*pronunciarse*” in LGE Article 75 was “to resolve” or “*resolver*.”

40. As I noted in my first expert opinion,<sup>128</sup> in an unrelated court proceeding in 2003, the CNEE also affirmed the dispute resolution function of the Expert Commission, stating that, “[i]n the event of discrepancies, pursuant to [A]rticle 98 of the [RLGE] and [Article] 75 of the [LGE], an Expert Commission shall be constituted, which shall resolve [the discrepancies] in a

---

<sup>123</sup> RLGE, Art. 27 (C-21).

<sup>124</sup> See *supra* ¶¶ 8-10.

<sup>125</sup> See Chilean General Electricity Law, Art. 211 (C-482); Regulations of the Chilean General Electricity Law, Art. 314 (C-429).

<sup>126</sup> Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Memorandum of Sale prepared by Salomon Smith Barney dated May 1998, at 63 (emphasis added) (C-29).

<sup>127</sup> *Id.* at 49 (emphasis added).

<sup>128</sup> See *Alegría I* ¶ 31 (CER-1).

term of 60 days.”<sup>129</sup> The CNEE thus expressly recognized in its own pleadings before the Guatemalan courts that the role of the Expert Commission is to *resolve* the discrepancies. Additionally, in a report commissioned by the CNEE in 2002 regarding the Terms of Reference for EEGSA’s 2003-2008 tariff review, the CNEE’s consultant noted that, under the LGE, the CNEE “reviews and comments on the distributors’ studies” and that, “[i]n the case of discrepancies, the Law provides for arbitration proceedings to be conducted by an Expert Commission rather than negotiators, inasmuch as, according to the spirit of the Law, the Commission must render a decision based on technical criteria and grounds instead of subjective criteria, agreements, or mere negotiations.”<sup>130</sup> Similarly, in a Supporting Report dated 27 May 2008 prepared by the CNEE’s consultant Sigla-Electrotek to assist the CNEE’s appointee to the Expert Commission, the CNEE’s consultant notes that, “[o]n May 5, 2008, EEGSA submitted the Stage I.2 Report, the Final and amended version of the previous report, which gave rise to Resolution CNEE 96-2008, detailing the CNEE’s disagreements with the report and ordering the creation of the Expert Commission specified in Section 75 of the [LGE] to resolve the differences between EEGSA and the CNEE.”<sup>131</sup> These Reports thus also make clear that the purpose of the Expert Commission is to settle or resolve the differences between the parties.

41. In his expert opinion, Mr. Aguilar argues that the Expert Commission’s ruling on the discrepancies cannot be binding upon the parties in view of Article 170 of the Code of Civil and Commercial Procedure, which provides that expert opinions cannot bind the judge,<sup>132</sup> and Article 3 of the Law on Administrative Disputes, which provides that opinions of a technical or legal advisory body cannot be accepted as decisions.<sup>133</sup> Contrary to Mr. Aguilar’s expert

---

<sup>129</sup> CNEE Answer to Constitutional Challenge 1782-2003 dated 10 Nov. 2003, at 5-6 (emphasis added) (C-81); *see also id.* (original Spanish) at 7 (“*De existir discrepancia, según artículo 98 del Reglamento de la Ley y 75 de la Ley, debe formarse una Comisión Pericial, que resolverá en un plazo de 60 días . . .*”).

<sup>130</sup> Letter from I. Coral Martinez to the CNEE dated 31 Aug. 2002, at 1-2 (emphasis in original) (C-446).

<sup>131</sup> Sigla Supporting Report for the Representative of the CNEE before the Experts Commission dated 27 May 2008, at 2 (C-494).

<sup>132</sup> Code of Civil and Commercial Procedure, Art. 170 (“Expert opinions, even where in agreement, shall not be binding on the court, which shall rule on the basis of all facts established in the relevant proceeding.”) (C-419).

<sup>133</sup> Law on Administrative Disputes, Art. 3 (“Administrative resolutions shall be issued by a competent authority, quoting the statutes or regulations on which they are grounded. The opinions of a technical or legal

opinion, these provisions do not apply to the Expert Commission process set forth in the LGE. As an initial matter, by their own terms, these Articles have no relevance to the interpretation or application of LGE Article 75.

42. Article 170 of the Code of Civil and Commercial Procedure<sup>134</sup> applies specifically to court proceedings in civil and commercial matters before ordinary judges,<sup>135</sup> where jurisdiction is being exercised by the courts; the CNEE, however, is not a “judge” and does not exercise jurisdiction, a power which constitutionally is reserved for the Judiciary Branch and, thus, that Article’s prohibition on expert opinions binding judges does not apply to the LGE or to the procedure regarding the Expert Commission. Article 3 of the Law on Administrative Disputes likewise is inapplicable. That Article merely provides that technical or legal advisory opinions cannot be a substitute for a resolution issued by the relevant administrative authority, because, by law, the final act of an administrative file must be a resolution.<sup>136</sup> The purpose of that provision is to compel administrative authorities to issue resolutions for certainty purposes, so that private citizens are able to exercise the rights, and avail themselves of the remedies, provided by the Law on Administrative Disputes.<sup>137</sup> This has no bearing on the Expert Commission’s role; the Expert Commission is not an administrative organ and has no authority to issue administrative resolutions, so the prohibition in Article 3 against the issuance of “opinions” in *lieu* of resolutions is inapplicable. Furthermore, because, as I have shown, the Expert Commission’s rulings are binding and are not advisory in nature, Article 3 is inapposite.

---

advisory body shall under no circumstances be deemed as resolutions.”) (C-425); *see also* Aguilar ¶¶ 49-50 (RER-3).

<sup>134</sup> Code of Civil and Commercial Procedure, Art. 170 (C-419).

<sup>135</sup> *Id.*, Art. 1 (“(Jurisdiction of ordinary judges) [T]he civil and commercial jurisdiction, except for special provisions of the law, will be exercised only by ordinary judges according to the provisions of this Code.” [ARTICULO 1.—(*Jurisdicción de los jueces ordinarios*) *La jurisdicción civil y mercantil, salvo disposiciones especiales de la ley, será ejercida por los jueces ordinarios, de conformidad con las normas de este Código.*]).

<sup>136</sup> Law on Administrative Disputes, Art. 3 (C-425).

<sup>137</sup> *Id.*, Art. 3; *see also* Jorge Mario Castillo González, “Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco,” Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006, at 674 (C-473); Franklin Azurdia Marroquín, “Ley de lo Contencioso Administrativo Didáctica y Desarrollada,” Editorial Estudiantil Fénix, 2009, at 12-13 (C-506).

43. Furthermore, as noted above, Article 13 of the Judiciary Law regarding the interpretation of the law provides that “[s]pecial statutory provisions shall prevail over general ones.”<sup>138</sup> LGE Article 75 is a special provision of the law that relates to the process for calculating the distributor’s VAD, while Article 170 of the Code of Civil and Commercial Procedure and Article 3 of the Law on Administrative Disputes are general provisions regulating procedural aspects of the law, the former for civil and commercial judicial procedures, and the latter regarding the development of administrative files before administrative authorities. In view of the purpose of the LGE and the Expert Commission process set forth therein, these general provisions are not applicable to LGE Article 75 by virtue of Article 13 of the Judiciary Law.

#### **IV. INCREASE IN ELECTRICITY PRICES POST-PRIVATIZATION**

44. Following the privatization of EEGSA in 1998 and pursuant to the quarterly adjustments provided for in the LGE and RLGE, electricity tariffs began increasing in 1999 due to inflation, devaluation of the national currency, and the rise in oil prices.<sup>139</sup> In a meeting called by the then Vice President of Guatemala, Luis Flores, and the future President of the CNEE, José Toledo, the electricity generators were informally requested to discount their electricity supplies to EEGSA, as the Government wanted to avoid any further tariff increases in advance of the elections that were to take place in 1999. The requested discount was not granted by the generators, and the Government solved the problem through a direct subsidy to INDE, which at that time was one of the largest power suppliers to EEGSA and to Deorsa and Deocsa. At the Government’s request, INDE thus began applying a discount towards the price of electricity, which was passed on to EEGSA’s regulated customers through the tariffs, in the amount of 110,750,000.00 Quetzales in 1999 and 369,650,000.00 Quetzales in 2000. This benefit was substituted by the Social Tariff that was enacted by the Government in 2001.<sup>140</sup> Following

---

<sup>138</sup> Judiciary Law, Art. 13 (C-6).

<sup>139</sup> See Carla Pantanali & Juan Benavides, Inter-American Development Bank, *Subsidios Eléctricos en América Latina y El Caribe: Análisis Comparativo y Recomendaciones de Política*, at 14 (2006) (C-474).

<sup>140</sup> See Jorge Salvador Samayoa Mencos, *Efectos Económicos De La Tarifa Social al Consumo de Energía Eléctrica en el Instituto Nacional de Electrificación (INDE) y en el Mercado Eléctrico Nacional, Durante el*

negotiations under the supervision of the CNEE in 2000 and 2001, the generators eventually agreed to a decrease in electricity prices in exchange for five-year extensions of their existing PPAs.<sup>141</sup>

## V. EEGSA'S 2008-2013 TARIFF REVIEW

### A. Government Accord No. 68-2007

45. The Guatemalan legal system is a civil law system based upon positive or written laws. In such a system, it is essential to understand the hierarchy of different types of legal provisions. In this regard, Article 9 of the Judiciary Law clearly establishes the hierarchy of legal provisions in Guatemala: "The Courts must always observe the principle of normative hierarchy and supremacy of the Political Constitution of the Republic over any law or treaty, except for treaties or conventions on human rights, which prevail over internal law. Laws and treaties prevail over regulations. Any provisions that contradict norms of higher hierarchy shall be invalid."<sup>142</sup> As I noted in my first expert opinion,<sup>143</sup> under Article 9 of the Judiciary Law, regulations that are inconsistent with a statute, or are not authorized by a statute, are invalid.<sup>144</sup>

46. As I further explained in my first expert opinion,<sup>145</sup> it is my view that Government Accord No. 68-2007 dated 2 March 2007,<sup>146</sup> which amended RLGE Article 98, is

---

*Período 2001-2004*, Graduation Thesis, Escuela de Economía, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos, at 29-30, Cuadro 7 (2007) (C-476).

<sup>141</sup> See Resolution No. CNEE-71-2001 dated 24 Aug. 2001 (C-438); Resolution No. CNEE-72-2001 dated 24 Aug. 2001 (C-437); Resolution No. CNEE-47-2001 dated 30 May 2001 (C-433); Resolution No. CNEE-56-2001 dated 2 July 2001 (C-434); Resolution No. CNEE-66-2001 dated 6 Aug. 2001 (C-435); Resolution No. CNEE-78-2001 dated 19 Sept. 2001 (C-439).

<sup>142</sup> Judiciary Law, Art. 9 (C-6).

<sup>143</sup> *Alegría I* ¶ 20 (CER-1).

<sup>144</sup> Judiciary Law, Art. 9 (C-6).

<sup>145</sup> *Alegría I* ¶¶ 35-40 (CER-1).

<sup>146</sup> Government Accord No. 68-2007 dated 2 Mar. 2007 (C-104). Because the legality of Government Accord No. 68-2007 has not been contested before the Constitutional Court of Guatemala, this Accord is still part of the positive or written law in Guatemala. The Constitutional Court does not review the constitutionality of Guatemalan laws and regulations *sua sponte*. It is my opinion, however, that the 2007 amendment to RLGE Article 98 is unconstitutional, because it is inconsistent with the LGE. See *Alegría I* ¶¶ 35-40 (CER-1).

unconstitutional, because it is inconsistent with the LGE. The 2007 amendment to RLGE Article 98 introduced for the very first time the possibility that the CNEE, in certain limited circumstances, could issue the distributor's tariff schedules on the basis of a VAD study that is not performed by the consultant prequalified by the CNEE and chosen by the distributor (a possibility that is not contemplated in the LGE and that was not contemplated in the original RLGE Article 98).<sup>147</sup> As set forth above, Article 74 of the LGE is very clear when it says that “[e]ach distributor shall calculate the VAD components through a study entrusted to an engineering firm prequalified by the [CNEE].”<sup>148</sup> Indeed, nowhere in the LGE is it contemplated that the CNEE may rely upon its own independent VAD study or that it may set the distributor's tariff rates based upon any study other than the one performed by the distributor's prequalified consultant.

47. As I noted in my first expert opinion and above, the 2007 amendment to RLGE Article 98 applies in two situations: (i) where the distributor fails to submit a VAD study, and (ii) where, after the distributor submits a VAD study and the CNEE has made observations on the same, the distributor fails to respond to the CNEE's observations by correcting its VAD study in accordance with the observations or indicating its disagreement with the observations in writing.<sup>149</sup> This amendment thus applies where the distributor disengages from the tariff review process set out in the LGE and RLGE. Prior to this amendment, if a distributor failed to submit a VAD study or failed to respond to the CNEE's observations, the existing tariffs would have continued to apply without any adjustments. As noted above, RLGE Article 98, as amended by Government Accord No. 787-2003 in 2003, provided as follows: “Until the distributor delivers the tariff studies, or until it performs the corrections to same, according to what is stipulated in the previous paragraphs, it may not modify its tariffs and it shall continue applying the effective tariffs at the time of the termination of the effective term of such tariffs.”<sup>150</sup> As I noted in my

---

<sup>147</sup> Government Accord No. 68-2007 dated 2 Mar. 2007, Art. 21 (amending RLGE Art. 98) (C-104).

<sup>148</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>149</sup> *Alegría I* ¶ 37 (CER-1); *supra* ¶ 35.

<sup>150</sup> Government Accord No. 787-2003 dated 5 Dec. 2003, entered into force on 16 Jan. 2004, Art. 1 (amending RLGE Art. 98) (C-82).



first expert opinion,<sup>151</sup> if the distributor refused to submit a VAD study or refused to respond to the CNEE's observations, the CNEE could fine the distributor for failing to comply with its obligations under the LGE; under LGE Article 80, such fines may be assessed against the distributor on a daily basis.<sup>152</sup>

48. In his expert opinion, Mr. Aguilar asserts that the 2007 amendment to RLGE Article 98 “did not alter the spirit and the provisions of the LGE regarding the independence and the functions assigned to the CNEE, particularly as regards its power to set the tariffs for the Electricity Distribution Sector”<sup>153</sup> and that this amendment “in no way decreases, increases, distorts, or contradicts the LGE's provisions regarding the CNEE's powers to set tariffs for the distribution of electricity.”<sup>154</sup> This is incorrect. As set forth above, the CNEE's general power under the LGE to set distribution tariffs does not extend to the calculation of the distributor's VAD, whose components are calculated by the distributor through a study entrusted to a consultant prequalified by the CNEE as per LGE Article 74.<sup>155</sup> By granting the CNEE the authority to calculate the distributor's VAD components through its own independent VAD study in certain circumstances, the 2007 amendment to RLGE Article 98 thus did fundamentally alter the spirit and provisions of the LGE. As I noted in my first expert opinion, if the Government wanted to grant the CNEE the authority to rely upon its own independent VAD study in setting the distributor's tariffs, a power not granted to the CNEE in the LGE, the Government should have sought to amend the LGE through the Congress, rather than amend the RLGE through a Government Accord issued by the Executive Branch.<sup>156</sup>

49. Guatemala and its legal expert, Mr. Aguilar, further assert that RLGE Article 98 was modified in 2007 “in order to ensure that [RLGE] Articles 98 and 99 [were] fully consistent” and that RLGE Article 99, as amended by Government Accord No. 787-2003 in 2003,

---

<sup>151</sup> Alegría I ¶ 38 (CER-1).

<sup>152</sup> LGE, Art. 80 (C-17).

<sup>153</sup> Aguilar ¶ 10.o (RER-3).

<sup>154</sup> *Id.* ¶ 38.

<sup>155</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>156</sup> Alegría I ¶ 39 (CER-1).

“established that the CNEE should immediately ‘issue and make effective’ a tariff schedule if the distributor did not have one.”<sup>157</sup> These assertions are wrong. As noted above, RLGE Article 98 was amended to introduce the possibility that the CNEE, in certain limited circumstances, could issue the distributor’s new tariff schedules on the basis of its own independent VAD study; this possibility is not contemplated in amended RLGE Article 99.<sup>158</sup> As set forth above, amended RLGE Article 99 provides that the CNEE may issue and implement a tariff schedule immediately, where the distributor’s existing tariff schedule has been suspended or invalidated by a court order such that it has no tariff schedule to apply; amended RLGE Article 99 does not give the CNEE the authority to rely upon its own independent VAD study in issuing the distributor’s new tariff schedule under LGE Article 76.<sup>159</sup>

50. In his expert opinion, Mr. Aguilar further asserts that the 2007 amendment to RLGE Article 98 complied with, and indeed was compelled by, LGE Articles 60, 61, and 76 regarding economic efficiency,<sup>160</sup> because, “at the end of the tariff validity period the tariff is

---

<sup>157</sup> Counter-Memorial ¶¶ 277-278; *see also* Aguilar ¶ 40 (“The 2007 RLGE amendments made Article 98 consistent with Article 99, modified in 2003.”) (**RER-3**).

<sup>158</sup> *See* Government Accord No. 787-2003 dated 5 Dec. 2003, entered into force on 16 Jan. 2004, Art. 2 (amending RLGE Art. 99) (“Once the tariff study referred to in the previous articles has been approved, the [CNEE] shall proceed to set the definitive tariffs as of the date on which the definitive study was approved and shall, at the time it so resolves, publish them in the Central American Gazette, in a term that may never exceed nine months as of the date of expiration of the five-year term of the previous tariff schedule. If the [CNEE] has not published the new tariffs, the tariffs of the previous tariff schedule shall continue to apply with their adjustment formulas. In no case shall the activity of Final Distribution of the electric service be carried out without an effective tariff schedule. If a Distributor does not have a tariff schedule, the [CNEE] is charged with issuing and immediately putting into effect a tariff schedule, to comply with the above-enunciated principle.”) (**C-82**).

<sup>159</sup> Together, amended RLGE Articles 98 and 99 provide as follows: (i) where the CNEE publishes the distributor’s new tariff schedules, but those schedules subsequently are suspended or invalidated by a court order, the CNEE may issue and implement tariff schedules immediately under amended RLGE Article 99 so that the distributor can continue to operate; (ii) where the distributor engages in the tariff review process, but the CNEE fails to publish the distributor’s new tariff schedules, the distributor’s previous tariff schedules will continue to apply with the appropriate adjustments under amended RLGE Article 99 and LGE Article 78; and (iii) where the distributor fails to engage in the tariff review process by refusing to submit a VAD study or refusing to respond to the CNEE’s observations, the CNEE is entitled to issue the distributor’s new tariff schedules on the basis of its own independent VAD study or on the basis of its own corrections to the distributor’s study under amended RLGE Article 98. *See* LGE, Art. 78 (**C-17**); Government Accord No. 787-2003 dated 5 Dec. 2003, entered into force on 16 Jan. 2004, Art. 2 (amending RLGE Art. 99) (**C-82**); Government Accord No. 68-2007 dated 2 Mar. 2007, Art. 21 (amending RLGE Art. 98) (**C-104**).

<sup>160</sup> LGE, Arts. 60, 61, 76 (**C-17**).

likely to not be consistent with reality which means that it will no longer strictly reflect the economic cost of acquiring and distributing electricity, which in turn has the consequence of affecting the sector's economic efficiency.”<sup>161</sup> In Mr. Aguilar's view, the 2007 amendment to RLGE Article 98 thus was “aimed at preventing the Distributors from manipulating, determining or limiting the CNEE's powers by failing to submit or make corrections to the tariff studies in order to continue to benefit from the application of the tariffs in force at the time when their validity period expires.”<sup>162</sup> Mr. Aguilar's assumption that, after a five-year tariff period, “the tariff is likely to not be consistent with reality,” however, simply is wrong. Under RLGE Article 79, the Base Tariffs are adjusted periodically throughout the five-year tariff period in order for the tariffs to reflect the real and current costs of distributing electricity.<sup>163</sup> Similarly, under RLGE Article 92, the VAD costs are adjusted on a yearly basis through a reduction factor pre-approved by the CNEE.<sup>164</sup> Thus, at the end of the five-year tariff period, it is not necessarily true that the tariff “will no longer strictly reflect the economic cost of acquiring and distributing electricity,” as Mr. Aguilar asserts.

51. Moreover, as I noted in my first expert opinion and above, if the distributor refuses to submit a VAD study or refuses to respond to the CNEE's observations, the CNEE is not left without recourse.<sup>165</sup> LGE Article 80 grants the CNEE the authority to fine a distributor for failure to abide by the provisions of the LGE and, after receiving an order of non-compliance from the CNEE, fines may be assessed on a daily basis.<sup>166</sup> Under RLGE Article 115, such fines

---

<sup>161</sup> Aguilar ¶ 38 (RER-3).

<sup>162</sup> *Id.*

<sup>163</sup> RLGE, Art. 79 (“The Base Tariffs shall be adjusted periodically through the application of formulas that reflect the variation of the distribution costs. The Commission shall determine the adjustment period. The components associated with the energy and capacity purchase costs shall be corrected beforehand, according to what is established in articles 86, 87 and 88 of these Regulations.”) (C-21).

<sup>164</sup> *Id.*, Art. 92 (“The adjustment formulas for the VAD cost components shall be adjusted with formulas that are representative of the cost structure calculated together with the base tariffs, according to the studies provided in article 97 of these Regulations. In addition an annual reduction factor shall be considered, which takes into account the effect of economies of scale and efficiency improvement, which shall be applied annually. These studies must be approved by the Commission.”).

<sup>165</sup> Alegría I ¶ 38 (CER-1).

<sup>166</sup> LGE, Art. 80 (C-17).

are calculated based upon the energy component of the tariff applicable to a kilowatt hour for a residential consumer in Guatemala City, corresponding to the first day of the month in which the fine is being applied.<sup>167</sup> Pursuant to RLGE Article 116, the range of the fines for distributors is between 10,000 and one million kilowatt hours.<sup>168</sup> Thus, if the distributor refuses to deliver its VAD study within the established term, the fine for the distributor's lack of compliance with its obligations under the LGE could be equivalent to the energy component of the tariff for one million kilowatt hours. In the Base Tariffs set by the CNEE in Resolution No. CNEE-146-2008, the energy component for such a kilowatt hour is 0.9794 Quetzales;<sup>169</sup> multiplied by one million, the fine thus would amount to 979,400 Quetzales, which, at the current exchange rate of 7.80 Quetzales per each U.S. Dollar, would be approximately US\$ 125,000.00. Under RLGE Article 115, each day of non-compliance is considered a new infraction;<sup>170</sup> therefore, the distributor potentially could be penalized with a fine of US\$ 125,000.00 for each day that the distributor refuses to submit its VAD study or refuses to respond to the CNEE's observations on its VAD study. As I noted in my first expert opinion, this provides a strong incentive for the distributor to prepare a VAD study and to respond to the CNEE's observations, as required by the LGE and RLGE.<sup>171</sup>

52. In its Counter-Memorial, Guatemala asserts that such fines would not remedy the harm caused to the regulatory system by the distributor's failure to engage in the tariff review process, including "inefficient tariffs" and "harm to the consumer."<sup>172</sup> Guatemala further asserts that, "given the magnitude of capital involved in a tariff review, the proposed fines will not generate a sufficient disincentive to alter the distributor's conduct."<sup>173</sup> As shown above, however, the fines that may be assessed against the distributor under LGE Article 80 and RLGE

---

<sup>167</sup> RLGE, Art. 115 (C-21).

<sup>168</sup> *Id.*, Art. 116.

<sup>169</sup> Resolution No. CNEE-146-2008 dated 30 July 2008, at 8 (C-274).

<sup>170</sup> RLGE, Art. 115 (C-21).

<sup>171</sup> *Alegría I* ¶ 38 (CER-1).

<sup>172</sup> Counter-Memorial ¶ 279.

<sup>173</sup> *Id.*

Articles 115 and 116 are significant and do generate sufficient disincentives for the distributor. Indeed, as I noted in my first expert opinion, I am not aware of any instance in which a distributor in Guatemala has ever failed to present a VAD study or refused to respond to the CNEE's observations in a tariff review.<sup>174</sup> While Guatemala asserts in its Counter-Memorial that "municipal companies often decide not to present tariff studies,"<sup>175</sup> Guatemala has not provided any concrete examples of distributors in Guatemala deciding not to present VAD studies under LGE Articles 74 and 75. In any event, even if this were the case, the logical amendment would not have been to RLGE Article 98, but to the articles of the RLGE that relate to violations and penalties, so that the penalties are proportionate to the harm caused by the distributor's violation. Instead, the MEM decided to legislate through an amendment to RLGE Article 98, granting the CNEE powers that the LGE never intended with respect to the calculation of the distributor's VAD components and thus allowing the CNEE to determine the distributor's VAD unilaterally, which the LGE does not permit.

53. Furthermore, if a distributor refuses to comply with its obligations under the LGE and RLGE, Guatemala may terminate the distributor's authorization contract. Article 17(A)(v) of the Authorization Contract concluded between EEGSA and the Government of Guatemala provides that the failure to comply with any material term or condition of the contract, the LGE, or the RLGE will be considered an event of default for the distributor.<sup>176</sup> Article 18 of the Contract further provides that if the default is not rectified, the Contract may be terminated, without prejudice to the other remedies provided by the contract and applicable law,<sup>177</sup> while Article 19 provides that the termination of the Contract results in the revocation of the distributor's authorization.<sup>178</sup> The Government of Guatemala thus did not need to amend RLGE Article 98 in order to encourage the distributor to comply with its obligations to submit a VAD

---

<sup>174</sup> Alegría I ¶ 38 (CER-1).

<sup>175</sup> Counter-Memorial ¶ 266 fn. 329.

<sup>176</sup> Authorization Contract Between the Ministry of Energy and Mines and Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. dated 15 May 1998, Art. 17(A)(v) (C-31).

<sup>177</sup> *Id.*, Art. 18.

<sup>178</sup> *Id.*, Art. 19.

study or to respond to the CNEE’s observations; the most effective mechanism, without prejudice to the applicable fines, already was established in EEGSA’s Authorization Contract.

54. In its Counter-Memorial, Guatemala asserts that RLGE Article 98 “was also amended to require the CNEE to hire its own prequalified expert to conduct an independent tariff study” and that amended RLGE Article 98 thus imposes “this as an obligation of the CNEE so as to not leave it to the discretion of the CNEE’s Directors.”<sup>179</sup> This assertion is incorrect. Nowhere in amended RLGE Article 98 does this Article impose an obligation on the CNEE to “hire its own prequalified expert to conduct an independent tariff study,” as Guatemala asserts. Amended RLGE Article 98 merely provides that, “[i]n case of the Distributor’s failure to deliver the studies or the corrections to same, the Commission shall be empowered to issue and publish the corresponding tariff schedule, based on the tariff study the Commission performs independently or performing the corrections to the studies begun by the distributor.”<sup>180</sup> I note that, in contrast with LGE Article 74, which requires the distributor to hire a consultant prequalified by the CNEE,<sup>181</sup> amended RLGE Article 98 imposes no obligation upon the CNEE to hire a prequalified consultant to perform its independent VAD study, as the CNEE may alternatively choose to rely upon the distributor’s study and correct it.

## **B. The Terms of Reference**

55. As I explained in my first expert opinion, the Terms of Reference (“ToR”) issued by the CNEE for EEGSA’s 2008-2013 tariff review under LGE Article 74 were, in my opinion, contrary to the LGE.<sup>182</sup> These ToR gave the CNEE wide discretion to declare EEGSA’s VAD study “not received,” thereby granting itself the power to bypass the Expert Commission process under LGE Article 75 and to issue EEGSA’s new tariff rates on the basis of its own independent VAD study under amended RLGE Article 98.<sup>183</sup> In its Counter-Memorial, Guatemala asserts

---

<sup>179</sup> Counter-Memorial ¶ 280.

<sup>180</sup> Amended RLGE, Art. 98 (C-105).

<sup>181</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>182</sup> Alegría I ¶¶ 41-44 (CER-1).

<sup>183</sup> *Id.*

that the 2002 ToR issued by the CNEE for EEGSA's 2003-2008 tariff review granted the CNEE "an equal or greater degree of control over EEGSA's tariff study" and that the 2002 ToR "even us[ed] the same language for such Terms" as the 2007 ToR.<sup>184</sup> Although some of the 2002 and 2007 ToR provisions are similar,<sup>185</sup> the 2007 ToR must be viewed in light of amended RLGE Article 98, which entered into force shortly before the 2007 ToR were issued by the CNEE.

56. As set forth above, under the original RLGE Article 98 (which applied to the 2002 ToR), if EEGSA failed to submit a VAD study – or if the CNEE declared EEGSA's VAD study "not received" under the 2002 ToR – EEGSA's previous tariff schedules would have continued to apply without any adjustments.<sup>186</sup> By contrast, under amended RLGE Article 98 (which applied to the 2007 ToR), if the CNEE declared EEGSA's VAD study "not received" and suspended the tariff review process, the CNEE then had the power under amended RLGE Article 98 to rely upon its own independent VAD study to set EEGSA's new tariff rates.<sup>187</sup> As I noted in my first expert opinion, the CNEE thus would have been not only a party to the tariff review process, but also a judge with the power to reject the distributor's VAD study unilaterally for any alleged deficiency.<sup>188</sup> Under the LGE, however, the CNEE is not so empowered. While the CNEE may disagree with the distributor's VAD study and make comments on the same, the CNEE does not have the power to impose its views upon the distributor; indeed, the distributor has the right to disagree with the CNEE's comments, and any disagreements are to be resolved by an Expert Commission under LGE Article 75.<sup>189</sup>

57. Accordingly, even though the 2002 and 2007 ToR provisions are similar in many respects, the effect of such provisions on the tariff review process was fundamentally different in view of amended RLGE Article 98. If EEGSA had accepted the 2007 ToR as originally drafted

---

<sup>184</sup> Counter-Memorial ¶ 301.

<sup>185</sup> See Resolution No. CNEE-88-2002 dated 23 Oct. 2002 (C-59); Letter No. CNEE-13680-2007 from the CNEE to EEGSA, attaching the CNEE's Terms of Reference dated 30 Apr. 2007 (C-106).

<sup>186</sup> See RLGE, Art. 98 (C-21).

<sup>187</sup> Letter No. CNEE-13680-2007 from the CNEE to EEGSA, attaching the CNEE's Terms of Reference dated 30 Apr. 2007, Arts. 1.7.4, 1.9 (C-106); Amended RLGE, Art. 98 (C-105).

<sup>188</sup> *Alegría I* ¶ 42 (CER-1).

<sup>189</sup> See LGE, Art. 75 (C-17).

by the CNEE, EEGSA would have been defenseless against the CNEE's decision to declare EEGSA's VAD study "not received" under the ToR. By agreeing to remove these provisions from the 2007 ToR, the CNEE thus apparently recognized that it did not have the power to intervene in the development of EEGSA's VAD study or to declare that study as "not received" on the basis of its disagreement with the study. This is consistent with the CNEE's powers under LGE Articles 74 and 75, which are limited to making comments on the completed VAD study.<sup>190</sup>

58. I also note that, contrary to the assertions of Guatemala and its legal expert, Mr. Aguilar, the procedure under the 2002 ToR confirms that the distributor may object to the CNEE's observations and that the Expert Commission has the final word on the discrepancies between the parties under LGE Article 75. Under Article A.6.4 of the 2002 ToR, EEGSA's consultant was required to incorporate all of the CNEE's observations into its VAD study;<sup>191</sup> however, Article A.6.5 makes clear that EEGSA had the right to object to the CNEE's observations and provides that, "[i]n the event that the intermediate results redrafted by the CONSULTANT should be rejected by the DISTRIBUTOR on reasonable grounds, a clear, concrete, and express written statement shall be drafted containing the amounts or values related to such intermediate results where discrepancies or disagreement exist."<sup>192</sup> Article A.6.5 further provides that "[i]t is regarding these intermediate differences . . . that the Expert Commission mentioned in [Article] 75 of the Law shall issue its decision if, upon completion of the tariff review process, discrepancies should still exist between the CNEE and the DISTRIBUTOR which should be reconciled by the aforementioned Expert Commission."<sup>193</sup> Thus, although EEGSA's consultant was required to incorporate the CNEE's observations into its VAD study, the 2002 ToR provides that EEGSA was entitled to object to those observations and that, if disagreements persisted between the parties, an Expert Commission would be convened to "reconcile[]" the differences between the parties' positions.

---

<sup>190</sup> *See id.*, Arts. 74-75.

<sup>191</sup> Resolution No. CNEE-88-2002 dated 23 Oct. 2002, Art. A.6.4 (C-59).

<sup>192</sup> *Id.*, Art. A.6.5.

<sup>193</sup> *Id.*



59. Resolution No. CNEE-124-2007, which amended the 2007 ToR, introduced a new Article 1.10, confirming that the “ToR set forth the guidelines to follow in preparation of the Study, and for each one of its Stages and/or described and defined studies” and that, “[i]f there are changes in the methodologies set forth in the Study Reports, which must be fully justified, the CNEE shall make such observations regarding the changes as it deems necessary, confirming that they are consistent with the guidelines for the Study.”<sup>194</sup> As I explained in my first expert opinion,<sup>195</sup> Article 1.10 further confirmed that “[t]hese terms of reference do not constitute a legal or regulatory modification, and therefore, in case of a controversy between one of the provisions of these terms of reference and the Law or the Regulations, the provisions of the latter shall prevail, in all cases applying the principle of legal hierarchy.”<sup>196</sup>

60. With respect to Article 1.10, I understand that Carlos Colóm of the CNEE asserts in his witness statement that, under this provision, “the consultant could depart from the ToR in certain aspects,” provided that “there was an appropriate justification and always subject to the CNEE’s approval,” and that the CNEE clarified that Article 1.10 “did not imply that the consultant had a ‘carte blanche’ to modify the ToR without the CNEE’s consent.”<sup>197</sup> This is incorrect. Under Article 1.10, the CNEE did not have the power to “approv[e]” the consultant’s deviation from the ToR; rather, Article 1.10 provides that the CNEE may make observations with respect to whether such deviation is justified under the LGE and RLGE.<sup>198</sup> Under LGE Article 75, if the parties disagreed as to whether any such deviation was justified, an Expert Commission would be appointed to resolve that discrepancy.

---

<sup>194</sup> Resolution No. CNEE-124-2007 dated 9 Oct. 2007, Art. 1.10 (C-127). As I noted in my first expert opinion, the ToR was further modified on 17 January 2008 through Resolution No. CNEE-05-2008, but this Resolution did not modify Article 1.10. Alegría I ¶ 50 fn. 137 (CER-1); CNEE’s Terms of Reference dated 17 Jan. 2008 (C-417).

<sup>195</sup> Alegría I ¶ 50 (CER-1).

<sup>196</sup> Resolution No. CNEE-124-2007 dated 9 Oct. 2007, Art. 1.10 (C-127).

<sup>197</sup> Witness Statement of Carlos Eduardo Colóm Bickford dated 24 Jan. 2012 ¶ 69 (emphasis in original) (RWS-1).

<sup>198</sup> CNEE’s Terms of Reference dated 17 Jan. 2008 (C-417).

61. I note that, because the preparation of a VAD study requires technical expertise to manage and put together many variables to obtain a particular result, it is expected that different experts may manage the variables in different ways and obtain different results. If the guidelines contained in the ToR were considered fixed and could not be varied by the consultants, then the outcome of the VAD studies would be predetermined by the ToR and could result in a VAD that is inconsistent with the LGE and RLGE. Thus, it is reasonable that, if the consultant, based upon his own expertise, considers that the guidelines set forth in the ToR do not reflect a methodology that is consistent with the LGE and RLGE, or if the methodology provides a result that the consultant does not consider appropriate under the LGE and RLGE, then the consultant may change the methodology and justify the reasons for that change. The consultant does not, however, have a free hand in deviating from the ToR; it may only do so where the ToR is inconsistent with the LGE or RLGE, as Article 1.10 of the ToR makes clear.<sup>199</sup>

62. I further note that there is no statement or provision in the LGE or RLGE that says that VAD studies must follow the ToR word for word; the ToR are not instructions, but are guidelines which allow room for the consultants to provide their own input. RLGE Article 97 thus provides that the ToR “shall be based” upon the concepts set forth in RLGE Articles 86 through 90 in a general way, and the provisions of RLGE Article 97 are descriptive, rather than detailed instructions regarding the VAD studies.<sup>200</sup>

### **C. RLGE Article 98 *bis***

63. As I explained in my first expert opinion,<sup>201</sup> on 15 May 2008, the CNEE issued Resolution No. CNEE-96-2008, notifying EEGSA that discrepancies persisted between the parties with regard to the VAD study submitted by EEGSA’s prequalified consultant, Bates White, and calling for the establishment of an Expert Commission in accordance with LGE Article 75 to “decide on the discrepancies,” which had been identified therein.<sup>202</sup> Shortly

---

<sup>199</sup> *Id.*

<sup>200</sup> Amended RLGE, Art. 97 (C-105).

<sup>201</sup> Alegría I ¶ 51 (CER-1).

<sup>202</sup> Resolution No. CNEE-96-2008 dated 15 May 2008, at 3 (C-209).

thereafter, the Executive Branch, as the request of the MEM, issued Government Accord No. 145-2008 dated 19 May 2008, which amended RLGE Article 98 by adding Article 98 *bis*.<sup>203</sup> RLGE Article 98 *bis* provides that, if the parties are unable to agree on the third member of the Expert Commission within a period of three days, the MEM shall appoint the third member from the list of candidates proposed by the parties.<sup>204</sup> As I explained in my first opinion, RLGE Article 98 *bis* is, in my view, inconsistent with LGE Articles 75 and 77 and, thus, unlawful.<sup>205</sup>

64. LGE Article 75 provides that the CNEE “and the distributors shall agree on the appointment of an Expert Commission made of three members, one appointed by each party and the third by mutual agreement,”<sup>206</sup> while RLGE Article 98 provides that in the event of continuing disagreement between the distributor and the CNEE, “the procedure stipulated in Article 75 of the [LGE] shall be followed.”<sup>207</sup> RLGE Article 98 further provides that “[t]he cost of contracting the third member of the Expert Commission shall be borne by the [CNEE] and the Distributor in equal parts.”<sup>208</sup> As I noted in my first expert opinion, the LGE does not vest the MEM or any other actor (Government or private) with the authority to appoint the third member of the Expert Commission unilaterally.<sup>209</sup> The language of LGE Article 75 is unequivocal in this regard: the parties together are responsible for the appointment of the Expert Commission, and the third member of the Expert Commission must be appointed “by mutual agreement.”<sup>210</sup> As set forth above, under Article 9 of the Judiciary Law, the LGE is hierarchically superior to the RLGE, and the RLGE thus may not contradict the express provisions of the LGE.<sup>211</sup> Moreover,

---

<sup>203</sup> Government Accord No. 145-2008 dated 19 May 2008, published 26 May 2008 (C-212).

<sup>204</sup> *Id.* at 2 (“If the three-day term for the selection of the third member expires without an agreement by the parties, the [CNEE] shall forward the respective dossier to the Ministry, for the latter to definitively select, within a maximum term of three days after receiving the dossier, the third member of the Expert Commission, from among the proposed candidates.”).

<sup>205</sup> *Alegría I* ¶ 54 (CER-1).

<sup>206</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>207</sup> Amended RLGE, Art. 98 (C-105).

<sup>208</sup> *Id.*

<sup>209</sup> *Alegría I* ¶ 53 (CER-1).

<sup>210</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>211</sup> Judiciary Law, Art. 9 (C-6).

while LGE Article 77 provides that the RLGE will regulate the time periods for the formation of the Expert Commission,<sup>212</sup> RLGE Article 98 *bis* goes well beyond the scope of LGE Article 77, not only regulating the qualities of the members of the Expert Commission, but also fundamentally altering the procedure for appointing its third member.

65. In his expert opinion, Mr. Aguilar asserts that RLGE Article 98 *bis* filled a gap in the RLGE and that “the appointment by the MEM is a logical solution, given the Expert Commission’s role as advisor to the CNEE.”<sup>213</sup> This is incorrect. First, nothing in the LGE establishes the Expert Commission as an “advisor to the CNEE.” To the contrary, under LGE Article 75, the Expert Commission is appointed by the CNEE and the distributor in order to resolve the differences that persist between them, after the CNEE has provided its observations on the distributor’s VAD study and after the distributor has responded to the same. I also note that, in the Statement of Reasons prepared by the MEM justifying RLGE Article 98 *bis*,<sup>214</sup> the MEM does not refer to the Expert Commission as an “advisor to the CNEE.” To the contrary, the MEM states that a procedure is needed, which “upon discrepancies between the Commission and the Distributor and, therefore, upon the need to convene the Expert Commission referred to in Section 75 of the General Electricity Law, establishes the terms and procedure to select and appoint the Third Member, who shall be agreed upon by the National Electricity Commission and the pertaining Distributor . . . .”<sup>215</sup> The Opinion of the General Secretariat of the Office of the President of the Republic of Guatemala regarding the proposed Resolution further provides that “the Consulting Body [. . .] deems it appropriate to issue the abovementioned Government Resolution,” because LGE Article 75 provides that the CNEE “shall review the studies conducted and, in the event of discrepancies, it shall agree to appoint an Expert Commission consisting of three members, two of whom shall be appointed by each party, with the third member being appointed by mutual agreement” and that “no procedure has been established to

---

<sup>212</sup> LGE, Art. 77 (“The regulations shall indicate the time periods for the performance of the studies, their review, presentation of comments and the formation of the Expert Commission.”) (C-17).

<sup>213</sup> Aguilar ¶ 44 (RER-3).

<sup>214</sup> Statement of Reasons for RLGE Article 98 *bis* dated 25 Mar. 2008 (C-493).

<sup>215</sup> *Id.* at 1.

appoint the members and no time frames have been set to convene the Expert Commission.”<sup>216</sup> The Consulting Body also does not refer to the Expert Commission as an “advisor to the CNEE.”

66. Second, contrary to Mr. Aguilar’s assertion, there is no gap in the LGE; if the CNEE and the distributor are unable to reach agreement on the third member of the Expert Commission, the CNEE would be unable to publish the distributor’s new tariff schedules, and the distributor’s previous tariff schedules simply would continue to apply, with the appropriate adjustments, under LGE Article 78 and amended RLGE Article 99.<sup>217</sup> Notably, the CNEE would not be able to rely upon its own independent VAD study to issue a new tariff schedule under amended RLGE Article 98 in that circumstance, because the distributor already had complied with its obligations to submit a VAD study and to respond to the CNEE’s observations. Moreover, similar to Guatemala’s unsubstantiated assertion that the failure of distributors to submit VAD studies under the LGE motivated its 2007 amendment to RLGE Article 98,<sup>218</sup> there is no history of the Expert Commission process having been permanently stalled on account of a failure of the parties to reach agreement on the third member of the Expert Commission. In fact, the Expert Commission established for EEGSA’s 2008-2013 tariff review was the very first Expert Commission established in Guatemala under LGE Article 75, and RLGE Article 98 *bis* was adopted a mere four days after the CNEE had called for its establishment. RLGE Article 98 *bis* thus was not addressing any problem that already had arisen. In any event, even if there were a gap in the LGE, the Government of Guatemala acted unlawfully when it modified the express provisions of the LGE by amending the RLGE. The amendment has the effect of fundamentally altering the balance between the regulator and the distributor that was achieved in the LGE.

---

<sup>216</sup> Opinion No. 182-2008 of the General Secretariat of the Office of the President of the Republic of Guatemala dated 23 Apr. 2008, at 9 (C-493).

<sup>217</sup> LGE, Art. 78 (C-17); Amended RLGE, Art. 99 (C-105).

<sup>218</sup> See *supra* ¶ 52.

#### **D. The Operating Rules of the Expert Commission**

67. As set forth above, LGE Article 75 and amended RLGE Article 98 regulate the appointment of the Expert Commission.<sup>219</sup> These provisions do not, however, set forth detailed rules regarding the conduct of the Expert Commission. In my opinion, it therefore is possible for the CNEE and the distributor to agree upon operating rules that will govern the conduct of the Expert Commission within the framework established by LGE Article 75 and amended RLGE Article 98, such as the operating rules that I understand were agreed between the CNEE and EEGSA and included in the Expert Commission's Report on the discrepancies dated 25 July 2008.<sup>220</sup> According to the legality principle within the scope of Guatemalan administrative law, "[t]he law is the parameter for administrative action,"<sup>221</sup> and, thus, administrative bodies are entitled to execute actions that the law allows them to perform. The Constitution of Guatemala affirms this principle, stating that "[Government] Officials are depositaries of authority, legally responsible for their official conduct, subject to the law, and never above it"<sup>222</sup> and that the exercise of their duties "is subject to the limitations noted by this Constitution and the law."<sup>223</sup> Each administrative body thus is bound to act according to its principal object and function for which it has been created and, if discretionary acts are executed within that function, such acts will be considered lawful.<sup>224</sup>

68. In its Counter-Memorial, Guatemala asserts that the CNEE could not have agreed to Rule 12, which provides that, after the Expert Commission has rendered its decision on the discrepancies, the Expert Commission will review the consultant's revised VAD study and

---

<sup>219</sup> LGE, Art. 75 (C-17); Amended RLGE, Art. 98 (C-105).

<sup>220</sup> Expert Commission's Report dated 25 July 2008, at 10 (C-246).

<sup>221</sup> Guido Corso, "The Principle of Reasonableness in Administrative Law," *Journal of Legal Hermeneutics, Reasonableness and Interpretation*, 2003, at 385 (C-449).

<sup>222</sup> Political Constitution of Guatemala, as amended by Decree No. 18-93, Art. 154 (C-11).

<sup>223</sup> *Id.*, Art. 152.

<sup>224</sup> See, e.g., Brenda Lorena Maldonado Archila, *La Discrecionalidad Administrativa del Procedimiento de Cese de Actividades de Establecimientos Mercantiles ante la Superintendencia de Administración Tributaria*, Thesis of the Universidad Francisco Marroquín, section 2.6.1 (2008) (citing Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ª edición actualizada, Servicios Públicos, Actos de la Administración Pública, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1975) (C-420).

confirm that it complies with the Expert Commission's decisions.<sup>225</sup> In Guatemala's view, "[t]o allow the Expert Commission to review the study, supposedly corrected by the distributor, to confirm whether it was consistent with its pronouncement would have meant reversing the roles of the CNEE and the Expert Commission" and that "[o]nly the CNEE has the authority to determine the admissibility of the tariff study and approve it."<sup>226</sup> This is incorrect. As set forth above, amended RLGE Article 98 provides that, after the distributor has submitted its initial VAD study, "the [CNEE], within a term of two months, shall decide on the acceptance or rejection of the studies performed by the consultants, making the observations it deems pertinent."<sup>227</sup> The CNEE's authority to accept or reject the distributor's VAD study under amended RLGE Article 98 thus applies before the Expert Commission has been established and before any discrepancies have been declared. Amended RLGE Article 98 contemplates two possible scenarios: (i) the distributor delivers its VAD study, and the CNEE accepts the study without making any observations; or (ii) the distributor delivers its VAD study, and the CNEE rejects the study, making the appropriate observations.<sup>228</sup>

69. If the CNEE rejects the VAD study and makes observations, RLGE Article 98, as amended in 2007, contemplates three additional possible scenarios: (i) the distributor accepts all of the CNEE's observations and revises its VAD study accordingly; in this case, the CNEE publishes the distributor's new tariff schedules on the basis of the distributor's revised VAD study; (ii) the distributor does not accept, or accepts only some of, the CNEE's observations and provides its objections in writing; if the CNEE disagrees with the distributor's objections, discrepancies are declared and an Expert Commission is appointed to resolve the differences; in this case, the distributor's new tariff schedules are set on the basis of the distributor's VAD study after it has been revised to incorporate the Expert Commission's decisions; or (iii) the distributor fails to respond to the CNEE's observations; in this case, the CNEE is empowered to set the

---

<sup>225</sup> See Email from M. Calleja to L. Giacchino dated 28 May 2008, forwarding Email from M. Quijivix to L. Maté and M. Calleja dated 28 May 2008, at 2 (C-218).

<sup>226</sup> Counter-Memorial ¶ 364.

<sup>227</sup> Amended RLGE, Art. 98 (C-105).

<sup>228</sup> *Id.*

distributor's new tariff schedules on the basis of its own independent VAD study or on the basis of the distributor's VAD study, as corrected by the CNEE.<sup>229</sup>

70. Amended RLGE Article 99 provides that, “[o]nce the tariff study referred to in the previous articles has been approved, the [CNEE] shall proceed to set definitive tariffs as of the date on which the definitive study was approved, and shall, the moment it so resolves, publish them in the Central American Gazette, within a term that may never exceed nine months as of the date of expiration of the five-year effective term of the previous tariff schedule.”<sup>230</sup> As set forth above, the Expert Commission's decisions on the discrepancies are binding upon the parties under LGE Articles 75 and 76. Accordingly, once the distributor's VAD study has been revised to incorporate the Expert Commission's decisions, the scope of the CNEE's review and approval of that study must be limited to ensuring that the distributor's VAD study has been correctly revised. The CNEE thus does not have the discretion under the LGE or RLGE to reject the revised VAD study on the basis that the Expert Commission's decisions are incorrect.

71. As noted above, in the present case, the CNEE and EEGSA agreed to Rule 12, which provides that the Expert Commission will review the consultant's revised VAD study and confirm that it complies with the Expert Commission's decisions.<sup>231</sup> Contrary to Guatemala's assertions, Rule 12 does not transfer the CNEE's authority under amended RLGE Article 99 to the Expert Commission, as the Expert Commission does not approve the VAD study; rather, the Expert Commission confirms that the VAD study had been correctly revised as per the decisions of the Expert Commission. This confirmation does not reverse the roles of the CNEE and the Expert Commission; the CNEE retains the authority to approve the revised VAD study and to issue the distributor's new tariff schedules under LGE Article 76 and amended RLGE Article 99. By having the independent Expert Commission confirm that the consultant's study incorporates the Expert Commission's decisions, the parties merely sought to limit a potential future dispute between them related to the VAD study, and EEGSA likely sought to mitigate the risk that the

---

<sup>229</sup> *Id.*

<sup>230</sup> *Id.*, Art. 99.

<sup>231</sup> *See* Email from M. Calleja to L. Giacchino dated 28 May 2008, forwarding Email from M. Quijivix to L. Maté and M. Calleja dated 28 May 2008, at 2 (C-218).



CNEE would act arbitrarily in failing to approve the VAD study on the ground that the revised study did not incorporate the revisions required by the Expert Commission, by having the Expert Commission make a determination on that very issue.

**E. EEGSA’s 2008-2013 Tariffs**

72. As I set forth in my first expert opinion,<sup>232</sup> the Expert Commission issued its Report on the discrepancies on 25 July 2008<sup>233</sup> and, later that same day, the CNEE issued GJ-Providencia-3121, a one-page order by which the CNEE unilaterally dissolved the Expert Commission.<sup>234</sup> As I further set forth in my first expert opinion, in my view, it was unlawful for the CNEE to dissolve the Expert Commission unilaterally by issuing Resolution GJ-Providencia-3121, because the Expert Commission is appointed based upon the agreement of the parties, and neither the CNEE nor the distributor has the authority to dissolve the Expert Commission unilaterally.<sup>235</sup>

73. In his expert opinion, Mr. Aguilar asserts that the Expert Commission is “not a permanent body” and that it is dissolved by operation of law once it issues its report on the discrepancies.<sup>236</sup> Mr. Aguilar further asserts that, under LGE Article 75 and amended RLGE Article 98, the Expert Commission “cannot exist for more than sixty days counted from the date of its constitution.”<sup>237</sup> These assertions are incorrect. Although the Expert Commission is not a permanent body, nothing in the LGE or the RLGE provides that the Expert Commission will dissolve automatically by operation of law after it issues its ruling on the discrepancies. Indeed, if this were true, the CNEE would not have needed to dissolve the Expert Commission by issuing GJ-Providencia-3121 on 25 July 2008.<sup>238</sup> The LGE also does not provide that the Expert Commission “cannot exist for more than sixty days counted from the date of its constitution,” as

---

<sup>232</sup> Alegría I ¶ 59 (CER-1).

<sup>233</sup> Expert Commission’s Report dated 25 July 2008 (C-246).

<sup>234</sup> CNEE GJ-Providencia-3121 dated 25 July 2008, received by EEGSA on 28 July 2008 (C-247).

<sup>235</sup> Alegría I ¶ 60 (CER-1).

<sup>236</sup> Aguilar ¶ 54 (RER-3).

<sup>237</sup> *Id.*

<sup>238</sup> CNEE GJ-Providencia-3121 dated 25 July 2008, received by EEGSA on 28 July 2008 (C-247).

Mr. Aguilar asserts; the only limitation that LGE Article 75 establishes is that the Expert Commission “shall rule on the differences in a period of 60 days counted from its appointment.”<sup>239</sup> After the Expert Commission has issued its ruling on the discrepancies, the Expert Commission could, for example, respond to questions from the parties or review the distributor’s revised VAD study in order to verify that its ruling had been fully incorporated, as Rule 12 provided in the instant case.

74. As I noted in my first expert opinion,<sup>240</sup> I understand that EEGSA’s consultant, Bates White, revised its VAD study in accordance with the Expert Commission’s decisions and that two members of the Expert Commission met to review the revised study and indicated in subsequent correspondence to the CNEE and EEGSA that the revised study had incorporated the Expert Commission’s decisions.<sup>241</sup> As I further noted in my first expert opinion,<sup>242</sup> on 29 and 30 July 2008, the CNEE issued Resolution Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008, which concluded that, because Bates White’s 5 May 2008 VAD study (*i.e.*, the study that had been submitted before the Expert Commission was constituted) had failed to make all of the corrections pursuant to the CNEE’s observations in Resolution No. CNEE-63-2008 dated 11 April 2008, the CNEE was entitled to disregard EEGSA’s VAD study and to set EEGSA’s new tariff schedules on the basis of the VAD study prepared by the CNEE’s own consultant, Sigla.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>240</sup> Alegría I ¶¶ 62-63 (CER-1).

<sup>241</sup> See Letter from L. Giacchino to C. Colom and M. Calleja dated 31 July 2008 (C-284); Letter from C. Bastos to C. Colom and L. Maté dated 1 Aug. 2008 (C-288). As I explained in my first expert opinion, based upon the express instructions of the CNEE, the CNEE’s appointee to the Expert Commission, Mr. Riubrugent, refused to participate in this review; it is my opinion that the CNEE’s instructions to Mr. Riubrugent were inappropriate and inconsistent with the LGE and RLGE. Alegría I ¶¶ 62-63 (CER-1); Email from J. Riubrugent to C. Bastos and L. Giacchino dated 31 July 2008 (reproducing the CNEE’s instructions, which stated that “you represent CNEE within the Expert Commission, and therefore you were contracted solely and exclusively until the decision of the Expert Commission . . . you have no further responsibilities with the parties and your contract shall be paid according to the scopes and clauses thereof” and that, “[o]therwise, it could be considered in Guatemala to be an overstepping of bounds”) (C-281).

<sup>242</sup> Alegría I ¶¶ 61, 64 (CER-1).

<sup>243</sup> Resolution No. CNEE-144-2008 dated 29 July 2008 (approving the VAD study prepared by Sigla/Electrotek) (C-272); Resolution No. CNEE-145-2008 dated 30 July 2008 (setting EEGSA’s new tariff schedules on the basis of the VAD study prepared by Sigla/Electrotek) (C-273); Resolution No. CNEE-146-

75. In my first expert opinion, I explained how the CNEE's interpretation of the Expert Commission's role was contrary to the LGE and rendered the entire Expert Commission process without purpose.<sup>244</sup> In particular, there was no dispute between the parties that Bates White had refused to accept all of the CNEE's observations in Resolution No. CNEE-63-2008 dated 11 April 2008 and had not revised its study in accordance with those observations and, thus, it would have been completely unnecessary to constitute an Expert Commission simply to confirm that undisputed fact. Moreover, as set forth above, the LGE and RLGE, as well as the ToR, clearly establish that EEGSA was not obligated to incorporate all of the CNEE's observations into its VAD study.<sup>245</sup> The function of the Expert Commission is not to confirm whether or not the distributor has incorporated all of the CNEE's observations, as Guatemala asserts, but rather to resolve the discrepancies that persist between the parties, after the distributor has responded to the CNEE's observations, by deciding whether the distributor needs to revise its study to comply with the CNEE's observations or whether the distributor's refusal to do so was justified by the LGE and RLGE.<sup>246</sup>

76. In its Counter-Memorial, Guatemala asserts that the CNEE decided to proceed with its plan to analyze Sigla's VAD study for approval because there was no legal basis for the CNEE to review Bates White's VAD study for a third time under the LGE or RLGE.<sup>247</sup> This is false. As set forth above, after the distributor revises its VAD study to incorporate the Expert Commission's decisions, the CNEE must proceed to approve that study and then to publish the new tariff schedules on that basis under LGE Article 76 and amended RLGE Article 99. The CNEE's review of the revised VAD study is a logical and necessary step, and is compatible with the letter and spirit of LGE Articles 74, 75, and 77, as well as amended RLGE Articles 98 and 99. As noted above, administrative bodies may perform acts in order to carry out their official

---

2008 dated 30 July 2008 (setting EEGSA's new tariff schedules on the basis of the VAD study prepared by Sigla/Electrotek) (C-274).

<sup>244</sup> Alegría I ¶¶ 64-68 (CER-1).

<sup>245</sup> See *supra* ¶¶ 32-33.

<sup>246</sup> Alegría I ¶ 68 (CER-1).

<sup>247</sup> Counter-Memorial ¶ 419.

functions and duties; the CNEE's review of the distributor's revised VAD study qualifies as such an act. Indeed, as noted above, amended RLGE Article 99 provides that, "[o]nce the tariff study referred to in the previous articles has been approved, the [CNEE] shall proceed to set definitive tariffs as of the date on which the definitive study was approved."<sup>248</sup> Amended RLGE Article 99 thus expressly contemplates that the CNEE will review the distributor's revised study in order to verify that the Expert Commission's decisions have been fully incorporated, and then will approve it and proceed to issue the new tariff schedules on the basis of that study.

77. Guatemala's assertion that the CNEE did not have any legal authority under the LGE or RLGE to review the distributor's study for a third time demonstrates precisely why, in my opinion, the CNEE's actions in this case constitute a flagrant violation of the law: the CNEE, without any legal foundation, rejected Bates White's revised VAD study without having engaged in any review of that study. Then, the CNEE unilaterally, and acting against the letter and the spirit of LGE Articles 74, 75 and 77, and RLGE Articles 97, 98 and 99, proceeded to approve its own VAD study prepared by Sigla and to use that study as the basis for issuing EEGSA's new tariff schedules. Guatemala's explanations for the actions that the CNEE took reaffirm my opinion that Guatemala acted unlawfully and in bad faith in issuing EEGSA's new tariff schedules. It is a tremendous waste of time and resources for all parties involved to appoint an Expert Commission to decide on the parties' discrepancies only to have the CNEE disregard the distributor's revised VAD study on the basis that it cannot approve that study without reviewing it and that it is not legally authorized to review the VAD study for a third time.

78. Moreover, without prejudice to my opinion that, under LGE Article 74, only the distributor's VAD study may be used to calculate the VAD components, the CNEE under amended RLGE Article 98 (which, for the reasons explained above, I believe is unconstitutional) is empowered to rely upon its own VAD study to calculate the VAD components only where the distributor has failed to deliver a VAD study or has failed to respond to the CNEE's observations. If amended RLGE Article 98 is correctly interpreted and applied, the CNEE's powers under amended RLGE Article 98 were not triggered in EEGSA's 2008-2013 tariff

---

<sup>248</sup> Amended RLGE, Art. 99 (C-105).

review, because EEGSA delivered a VAD study in a timely manner, and because EEGSA responded to the CNEE's observations by submitting its corrections to the VAD study and by indicating its disagreement with the CNEE's observations, where necessary.<sup>249</sup> Amended RLGE Article 98 thus provided no legal basis for the CNEE to rely upon its own VAD study to establish EEGSA's new tariff schedules.

79. In this regard, it is notable that the two legal opinions issued by the CNEE's Legal Department on 29 July 2008 recommending the approval of Sigla's VAD study are not based upon amended RLGE Article 98; rather, they indicate that the CNEE's authority for its actions derives from the second paragraph of amended RLGE Article 99.<sup>250</sup> In GJ-Dictamen-1287, the Legal Department notes that, in order to comply with the five-year term set forth in the law, a new tariff schedule must be issued and published for EEGSA's users prior to 1 August 2008, and that the CNEE "is required [to] approve a tariff study to be used" as the basis for EEGSA's new tariff schedule.<sup>251</sup> The Legal Department further notes that, because EEGSA failed to correct its VAD study in accordance with the CNEE's 11 April 2008 observations, the CNEE cannot approve EEGSA's VAD study.<sup>252</sup> The Legal Department thus concludes that, "as [EEGSA's] tariff schedule now in place is set to expire on 31 July 2008," and in accordance with the principle stated in RLGE Article 99 that "no distributor may operate without an applicable tariff schedule in place," the CNEE is entitled to approve the VAD study prepared by the CNEE's own consultant, Sigla, and to establish EEGSA's new tariff schedule on the basis of that study.<sup>253</sup> Neither legal opinion analyzes the Expert Commission's Report or Bates White's revised VAD study.

80. The Legal Department's analysis is fundamentally flawed. The second paragraph of amended RLGE Article 99 provides that "[i]n no case shall the Final Distribution activity of

---

<sup>249</sup> See *supra* ¶ 35.

<sup>250</sup> CNEE Legal Department Opinion Nos. GJ-DICTAMEN-1287 and GJ-DICTAMEN-1288, EEGSA's Social Tariff Base Schedule and EEGSA's Non-Social Tariff Base Schedule dated 29 July 2008, at 5, 9-10 (C-503).

<sup>251</sup> *Id.* at 4.

<sup>252</sup> *Id.*

<sup>253</sup> *Id.* at 4-5.

the electric service be carried out without an effective tariff schedule” and that, “[g]iven the circumstance in which a Distributor does not have a tariff schedule, the [CNEE] shall be responsible for immediately issuing and making effective a tariff schedule so as to comply with such stated principle.”<sup>254</sup> As set forth above, this section of amended RLGE Article 99 does not apply where the CNEE has failed to publish the distributor’s new tariff schedule, but applies where the distributor’s current tariff schedule has been suspended or invalidated such that the distributor does not have any tariff schedule to apply. Where the distributor’s previous tariff schedule has not been suspended or invalidated, that schedule will continue to apply under LGE Article 78 and the first paragraph of amended RLGE Article 99, with the appropriate adjustments, until the CNEE publishes the new tariff schedule, the only exceptions being where the distributor has failed to submit a VAD study or has failed to respond to the CNEE’s observations.

81. LGE Article 78 provides that, “[i]n the event that upon the expiration of the period of validity of the rates, the rates have not been set for the next period on account of the [CNEE], they may be adjusted by the awardees according to the automatic adjustment formulas.”<sup>255</sup> Similarly, amended RLGE 99 provides that the CNEE shall publish the new tariff schedules “in the Central American Gazette, within a term that may never exceed nine months as of the date of expiration of the five-year effective term of the previous tariff schedule” and that “[i]f the Commission has not published the new tariffs, the tariffs of the previous tariff schedule shall continue to be applied, with their adjustment formulas.”<sup>256</sup> The notion that the CNEE is under an obligation to publish the distributor’s new tariff schedules as of the date of expiration of the previous tariff schedules thus is incorrect. Not only does the CNEE have *nine months* as of the date of expiration of the previous tariff schedules to publish the distributor’s new tariff schedules, but LGE Article 78 and amended RLGE Article 99 both provide that, in circumstances where new tariff schedules are not published at the end of the five-year term, the distributor’s previous tariff schedules shall continue to apply with the appropriate adjustments.

---

<sup>254</sup> Amended RLGE, Art. 99 (C-105).

<sup>255</sup> LGE, Art. 78 (C-17).

<sup>256</sup> Amended RLGE, Art. 99 (emphasis added) (C-105).

82. The Legal Department's truncated reference to the second paragraph of RLGE Article 99 as the legal basis for approving Sigla's VAD study and for setting EEGSA's new tariff schedules on that basis thus is biased and wrong. It also was in violation of Article 201 of the Judiciary Law, which prohibits attorneys from invoking laws that are false or truncated.<sup>257</sup> I note that, in a memorial filed before the Constitutional Court in 2003, the legal representative of the CNEE clearly defended the position that there may be a delay in the issuance of the distributor's new tariff schedules and that, in that case, the distributor's previous tariff schedules would continue to apply based upon LGE Article 78 and original RLGE Articles 98 and 99.<sup>258</sup> This further confirms my opinion that the CNEE's actions in disregarding both the Expert Commission's Report and Bates White's revised VAD study and in unilaterally adopting its own VAD study were unlawful and arbitrary.

#### **F. EEGSA's Court Actions**

83. As I set forth in my first expert opinion, EEGSA challenged the CNEE's actions in dissolving the Expert Commission and in setting EEGSA's new tariff rates based upon Sigla's VAD study by filing both administrative appeals with the MEM and *amparo* petitions with the Guatemalan courts.<sup>259</sup> On 1 August 2008, EEGSA filed administrative appeals against Resolution Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008, which, as noted above, approved Sigla's VAD study and set EEGSA's new tariff schedules on the basis of that study.<sup>260</sup> These administrative appeals were rejected by the MEM<sup>261</sup> and, on 14 August 2008, EEGSA filed an *amparo* petition before the First Civil Court challenging the Resolution

---

<sup>257</sup> Judiciary Law, Art. 201 (C-6).

<sup>258</sup> CNEE Answer to Constitutional Challenge 1782-2003 dated 10 Nov. 2003 (C-81).

<sup>259</sup> *Alegría I* ¶¶ 70-81 (CER-1).

<sup>260</sup> See EEGSA Appeal to Revoke Resolution No. CNEE-144-2008 dated 1 Aug. 2008, received by the CNEE on 4 Aug. 2008 (C-285); EEGSA Appeal to Revoke Resolution No. CNEE-145-2008 dated 1 Aug. 2008, received by the CNEE on 4 Aug. 2008 (C-286); EEGSA Appeal to Revoke Resolution No. CNEE-146-2008 dated 1 Aug. 2008, received by the CNEE on 4 Aug. 2008 (C-287).

<sup>261</sup> See Ministry of Energy and Mines Decision No. 2557 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-145-2008) (C-293); Ministry of Energy and Mines Decision No. 2558 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-146-2008) (C-294); Ministry of Energy and Mines Decision No. 2559 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-144-2008) (C-295).

containing the CNEE's decision to dissolve the Expert Commission (GJ-Providencia-3121), as well as Resolutions CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008.<sup>262</sup>

84. In his expert opinion, Mr. Aguilar asserts that EEGSA accepted the legality of the tariff schedules issued by the CNEE, because EEGSA never contested the actual tariffs or the sufficiency of the tariffs to cover its costs, but instead challenged the procedural aspects of the Resolutions setting the tariffs.<sup>263</sup> This is incorrect. As EEGSA's administrative appeals reflect, EEGSA challenged Resolution Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008, arguing that the CNEE had violated its due process rights when it rejected Bates White's revised VAD study and approved Sigla's VAD study in violation of the LGE and RLGE, and that the resulting tariff schedules were unlawful and, as a consequence, null and void.<sup>264</sup> By decisions dated 20 August 2008, the MEM rejected these administrative appeals, finding that the Resolutions were general resolutions directed at the final users of electricity, and not at EEGSA, and that an administrative appeal thus was not appropriate.<sup>265</sup> In view of Article 10 of the Law of Administrative Disputes, which provides that administrative appeals may be filed by whoever appears to have an interest in the administrative file, the MEM's reasons for rejecting EEGSA's appeals are, in my opinion, baseless; it is evident that EEGSA had an interest in the Resolutions which approved Sigla's VAD study and which set EEGSA's tariff schedules for the 2008-2013 tariff period.<sup>266</sup> Moreover, it is difficult to understand how a Resolution setting the tariff

---

<sup>262</sup> See EEGSA Amparo Request dated 14 Aug. 2008 against Resolution No. GJ-Providencia-3121 and Resolution Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008 (C-291).

<sup>263</sup> Aguilar ¶¶ 62-63 (RER-3).

<sup>264</sup> See EEGSA Appeal to Revoke Resolution No. CNEE-144-2008 dated 1 Aug. 2008, received by the CNEE on 4 Aug. 2008 (C-285); EEGSA Appeal to Revoke Resolution No. CNEE-145-2008 dated 1 Aug. 2008, received by the CNEE on 4 Aug. 2008 (C-286); EEGSA Appeal to Revoke Resolution No. CNEE-146-2008 dated 1 Aug. 2008, received by the CNEE on 4 Aug. 2008 (C-287).

<sup>265</sup> See Ministry of Energy and Mines Decision No. 2557 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-145-2008) (C-293); Ministry of Energy and Mines Decision No. 2558 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-146-2008) (C-294); Ministry of Energy and Mines Decision No. 2559 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-144-2008) (C-295).

<sup>266</sup> Law of Administrative Disputes, Art. 10 (C-425).



schedules for a particular distributor would not be directed at such distributor, as the MEM argued in its decisions.<sup>267</sup>

85. As noted above, in addition to its administrative appeals, EEGSA also filed an *amparo* petition against Resolution Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008 in the Guatemalan courts, which sought to void the Resolutions based upon the CNEE's violation of EEGSA's due process rights in rejecting Bates White's revised VAD study and in setting EEGSA's new tariff schedules on the basis of Sigla's VAD study.<sup>268</sup> EEGSA thus did not accept the legality of the tariff schedules issued by the CNEE, as Mr. Aguilar asserts, but rather challenged their legal basis through both administrative appeals and *amparo* petitions.

86. As I explained in my first expert opinion,<sup>269</sup> the Second Civil Court of First Instance granted EEGSA's *amparo* petition against Resolution No. CNEE-144-2008, finding that the CNEE was not entitled to disregard Bates White's revised VAD study and to approve its own VAD study as the basis for setting EEGSA's new tariff schedules.<sup>270</sup> Notably, the CNEE had argued before the Court that the legal basis for Resolution No. CNEE-144-2008 was amended RLGE Article 98, and not RLGE Article 99, even though, as set forth above, the CNEE's Legal Department had justified the CNEE's actions on the basis of RLGE Article 99 at the time the CNEE issued Resolution No. CNEE-144-2008.<sup>271</sup> In its decision granting EEGSA's *amparo* petition, the Court held that the CNEE's authority to disregard the distributor's VAD study and to rely upon its own VAD study pursuant to amended RLGE Article 98 is limited to

---

<sup>267</sup> See Ministry of Energy and Mines Decision No. 2557 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-145-2008) (C-293); Ministry of Energy and Mines Decision No. 2558 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-146-2008) (C-294); Ministry of Energy and Mines Decision No. 2559 dated 20 Aug. 2008 (rejecting appeal to revoke Resolution No. CNEE-144-2008) (C-295).

<sup>268</sup> See EEGSA Amparo Request dated 14 Aug. 2008 against Resolution No. GJ-Providencia-3121 and Resolution Nos. CNEE-144-2008, CNEE-145-2008, and CNEE-146-2008 (C-291).

<sup>269</sup> Alegría I ¶ 74 (CER-1).

<sup>270</sup> Resolution of the Second Civil Court of First Instance dated 15 May 2009 granting *Amparo* C2-2008-7964, at 7 (finding that the CNEE had "acted outside the boundaries established in the General Law of Electricity") (C-328).

<sup>271</sup> See *id.* at 6; CNEE Legal Department Opinion Nos. GJ-DICTAMEN-1287 and GJ-DICTAMEN-1288, EEGSA's Social Tariff Base Schedule and EEGSA's Non-Social Tariff Base Schedule dated 29 July 2008, at 4-5, 9-10 (C-503).

circumstances in which a distributor fails to submit a VAD study or the corrections to the same, circumstances that did not apply to EEGSA.<sup>272</sup> The Court thus rejected the CNEE’s argument that EEGSA had not “proceed[ed] to make the totality of the corrections it should have made,” finding that, “such argument lacks validity given that the law foresees the possibility that the distributor does not agree with certain observations, which gives rise to the existence of discrepancies.”<sup>273</sup> The Court thus ruled that the CNEE, upon issuing Resolution No. CNEE-144-2008 “based on [A]rticle 98 of the Regulations violated the due process guaranteed by the Political Constitution of the Republic of Guatemala.”<sup>274</sup>

87. As I further explained in my first expert opinion,<sup>275</sup> the Constitutional Court, in a three-to-two decision, reversed the Second Civil Court’s ruling on different grounds, ending EEGSA’s legal challenge to Resolution No. CNEE-144-2008.<sup>276</sup> I affirm that, in my professional opinion, the Constitutional Court manifestly erred in this ruling and the ruling was influenced by political considerations to prevent an increase in EEGSA’s electricity tariffs, rather than a good faith interpretation of the law. As I noted in my first expert opinion,<sup>277</sup> the Constitutional Court erroneously equated the Expert Commission’s ruling with the CNEE’s issuance of the tariff schedules, and found that EEGSA could not have suffered any due process violation because only the CNEE has the power under the LGE to issue tariff schedules.<sup>278</sup> As set forth above, this is the same error that Guatemala and its legal expert, Mr. Aguilar, make in their reasoning. The fundamental flaw in the Court’s ruling – and in Guatemala’s position in this arbitration – is the failure to acknowledge that the Expert Commission does not itself issue or set the distributor’s tariff schedules, but rather resolves the discrepancies between the CNEE and the

---

<sup>272</sup> Resolution of the Second Civil Court of First Instance dated 15 May 2009 granting *Amparo* C2-2008-7964, at 6 (C-328).

<sup>273</sup> *Id.*

<sup>274</sup> *Id.*

<sup>275</sup> *Alegría I* ¶ 75 (CER-1).

<sup>276</sup> Resolution of the Constitutional Court regarding *Amparo* C2-2008-7964 dated 18 Nov. 2009 (C-331).

<sup>277</sup> *Alegría I* ¶ 75 (CER-1).

<sup>278</sup> *See* Resolution of the Constitutional Court regarding *Amparo* C2-2008-7964 dated 18 Nov. 2009, at 15-20 (C-331).

distributor with respect to the VAD study, upon which the distributor's tariff schedules are to be based. Thus, when the CNEE proceeded to set EEGSA's new tariff schedules on the basis of Sigla's VAD study, EEGSA's due process rights were violated, because there was no basis for the CNEE to ignore the Expert Commission's ruling on the discrepancies or Bates White's VAD study, which had been revised to incorporate the Expert Commission's ruling.

88. As I noted in my first expert opinion,<sup>279</sup> two dissenting judges shared this view and concluded that the CNEE had violated LGE Article 75 and RLGE Article 98.<sup>280</sup> Magistrate Gladys Chacón Corado and Magistrate Mario Pérez Guerra dissented in favor of EEGSA, finding that the events that would give the CNEE the authority to issue the new tariff schedules on the basis of its own VAD study under amended RLGE Article 98 had not occurred.<sup>281</sup> In particular, Magistrate Chacón found that allowing the CNEE to issue the tariff schedules unilaterally if the distributor fails to make all of the corrections to the VAD study requested by the CNEE in its observations would defeat the objective of LGE Article 75, as well as the establishment of the Expert Commission, whose purpose is to resolve the differences between the CNEE and the distributor.<sup>282</sup>

Executed this 24th day of May 2012 in Guatemala City, Guatemala.



---

Rodolfo Alegría Toruño

---

<sup>279</sup> Alegría I ¶ 79 (CER-1).

<sup>280</sup> Resolution of the Constitutional Court regarding *Amparo* C2-2008-7964 dated 18 Nov. 2009, at 22-23, 27-29 (C-331).

<sup>281</sup> *Id.* at 22-30.

<sup>282</sup> *Id.* at 23.



**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO  
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

**TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC,**

*Demandante*

*c.*

**LA REPÚBLICA DE GUATEMALA,**

*Demandada*

**Caso CIADI N.º ARB/10/23**

**OPINIÓN COMPLEMENTARIA DEL EXPERTO  
RODOLFO ALEGRÍA TORUÑO**

24 de mayo de 2012

ÍndicePágina

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II. REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO EN GUATEMALA .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Despolitización del proceso tarifario.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Creación de la CNEE.....</b>	<b>8</b>
<b>III. MARCO REGULATORIO ESTABLECIDO POR LA LGE Y EL RLGE PARA LA DISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD EN GUATEMALA .....</b>	<b>13</b>
<b>A. Cálculo del VAD del Distribuidor .....</b>	<b>13</b>
<b>B. Finalidad y potestades de la Comisión Pericial.....</b>	<b>21</b>
<b>IV. AUMENTO DE LOS PRECIOS DE LA ELECTRICIDAD POS-PRIVATIZACIÓN ..</b>	<b>30</b>
<b>V. REVISIÓN TARIFARIA DE EEGSA PARA EL PERÍODO 2008-2013.....</b>	<b>31</b>
<b>A. Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007.....</b>	<b>31</b>
<b>B. Los Términos de Referencia .....</b>	<b>39</b>
<b>C. El Artículo 98 bis del RLGE .....</b>	<b>43</b>
<b>D. Las Reglas Operativas de la Comisión Pericial.....</b>	<b>47</b>
<b>E. Las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013 .....</b>	<b>50</b>
<b>F. Acciones judiciales de EEGSA.....</b>	<b>57</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

1. Las representantes de la Demandante me han solicitado que elabore la presente opinión complementaria en respuesta a ciertas alegaciones planteadas en el Memorial de Contestación de Guatemala y en la opinión del experto Juan Luis Aguilar Salguero en relación con aspectos del derecho de Guatemala que analicé en mi primera opinión del 22 de septiembre de 2011<sup>1</sup>. Ratifico el contenido de mi primera opinión y presento los siguientes comentarios y observaciones a título de respuesta.

## **II. REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO EN GUATEMALA**

### **A. Despolitización del proceso tarifario**

2. Tal como se indica en mi primera opinión, uno de los objetivos principales de la reforma del sector eléctrico de Guatemala mediante la aprobación de la LGE en octubre de 1996<sup>2</sup> fue despolitizar el proceso de fijación de las tarifas de electricidad para los usuarios regulados de los servicios de distribución<sup>3</sup>. El proyecto original de la LGE contemplaba la creación de un ente regulatorio técnico con personalidad jurídica, que funcionaría con autonomía e independencia del Poder Político<sup>4</sup>. Desafortunadamente, ese objetivo no se logró, tal como explicaré más adelante en esta opinión<sup>5</sup>. No obstante ello, la despolitización del sector eléctrico de Guatemala exigía más que la mera creación de un ente regulatorio técnico. Tal como señalan los expertos chilenos Juan Sebastián Bernstein y Jean Jacques Descazeaux en su Informe Final de 1993, *“Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los*

---

<sup>1</sup> Opinión del Experto de Rodolfo Alegría Toruño del 22 de septiembre de 2011 (en adelante “Alegría I”) (CER-1). Para mayor claridad, los términos utilizados en el presente tendrán el mismo significado que en mi primera opinión.

<sup>2</sup> Decreto Legislativo No. 93-96, Ley General de Electricidad del 16 de octubre de 1996, que entró en vigor el 15 de noviembre de 1996 (“LGE”) (C-17).

<sup>3</sup> Ver Alegría I, párrafos 12-19 (CER-1).

<sup>4</sup> Ver Proyecto de la Ley General de Electricidad y de su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, del 4 de abril de 1995, Art. 5 (C-13).

<sup>5</sup> Ver *infra*, párrafos 11-16.

*Mecanismos de Participación Privada*,”<sup>6</sup> “a lo largo de este informe se ha destacado la necesidad de contar con reglas de juego claras para el funcionamiento y desarrollo del sector, en especial respecto de las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras y para la definición de los derechos y las obligaciones de los usuarios”, lo cual “implica definir los derechos, las obligaciones y los límites de los actores que participan en la industria, incluido el propio Gobierno”<sup>7</sup>. Dicho Informe, que fue la base para la desregulación y privatización del sector eléctrico en Guatemala<sup>8</sup>, admitía desde el inicio que la facultad del Gobierno debía estar sujeta a ciertos límites a fin de garantizar el funcionamiento correcto del sector eléctrico luego de la reforma.

3. Los Sres. Bernstein y Descazeaux observaron en su Informe que “[e]l problema del posible mal funcionamiento de un organismo regulatorio en la industria de la energía eléctrica se ha instalado fuertemente en Guatemala” y que comparten “esta percepción los sectores políticos, sociales y económicos consultados en el país”<sup>9</sup>. En opinión de los autores, “esto refuerza la necesidad de contar con normas objetivas que definan los derechos y las obligaciones de las partes a fin de prevenir la intervención arbitraria de las entidades regulatorias”<sup>10</sup>, y señalan asimismo que “sería posible minimizar la intervención de un organismo regulatorio en los temas más sensibles a la regulación, como la regulación de los precios en los segmentos con características de naturaleza monopólica: la transmisión y la distribución”<sup>11</sup>. En efecto, los Sres. Bernstein y Descazeaux identificaron expresamente la necesidad de evitar los actos arbitrarios del Gobierno respecto de la regulación de precios en la

---

<sup>6</sup> Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final* de junio de 1993 (C-9).

<sup>7</sup> *Íd.*, p. 8.

<sup>8</sup> Ver Alegría I, párrafo 13 (CER-1).

<sup>9</sup> Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada, Informe Final* de junio de 1993, p. 9 (C-9) (énfasis añadido).

<sup>10</sup> *Íd.* (énfasis añadido).

<sup>11</sup> *Íd.*



distribución de electricidad a través de la nueva ley y las reglamentaciones que se propondrían para la reforma del sector eléctrico de Guatemala.

4. Los Sres. Bernstein y Descazeaux también expresaron que “se podría considerar una intervención específica, por ejemplo cada 5 ó 10 años, por parte de una entidad gubernamental *ah-hoc* de nivel superior, por ejemplo un Comité integrado por los Ministros de Hacienda y Energía y Minas, a los efectos de supervisar un estudio de tarifas externo, encargado por los concesionarios y realizado por cualquier consultora prestigiosa”<sup>12</sup>. Establecieron asimismo que “[l]a función regulatoria permanente se limitaría a controlar el cumplimiento de la ley en cuestiones tales como la seguridad de las instalaciones (una función que podría asignarse al Ministerio de Energía y Minas, por ejemplo), aunque la resolución de las cuestiones en conflicto pueda ser sometida a tribunales arbitrales designados por las partes”<sup>13</sup>. Por consiguiente, la recomendación de los Sres. Bernstein y Descazeaux era minimizar la intervención del Gobierno en el proceso de fijación de tarifas exigiéndoles a los distribuidores que encargaran la elaboración de un estudio externo de tarifas a una consultora de prestigio y requiriendo que cualquier controversia entre el regulador y el distribuidor en relación con dicho estudio se sometiera a un ente independiente, como un panel arbitral, para su resolución.

5. Tal como planteo en mi primera opinión<sup>14</sup>, la versión final de la LGE incluyó los siguientes elementos de esa recomendación: (i) cada cinco años, el distribuidor encarga un estudio independiente del VAD a fin de calcular su VAD<sup>15</sup>; (ii) una consultora de prestigio, precalificada por la CNEE, realiza el estudio independiente del VAD utilizando una empresa modelo eficiente como referente; (iii) la CNEE es el ente gubernamental que supervisa el avance del estudio del VAD; y (iv) cualquier controversia o discrepancia entre la CNEE y la

---

<sup>12</sup> *Íd.* (énfasis añadido).

<sup>13</sup> *Íd.* (énfasis añadido).

<sup>14</sup> Ver *Alegría I*, párrafos 20-33 (**CER-1**).

<sup>15</sup> Tal como explicara en mi primera opinión, el VAD es el valor agregado por la red del distribuidor, y que se incluye como parte de las tarifas de electricidad del distribuidor. Ver *Íd.*, párrafo 25.

distribuidora en relación con el estudio del VAD deberá someterse para su resolución a una Comisión Pericial integrada por tres miembros designados por las partes<sup>16</sup>.

6. Desde la introducción de las reformas legales del sector eléctrico de Guatemala, se admitió que, a fin de despolitizar por completo el proceso de fijación de tarifas, resultaba necesario: (i) restringir la participación del Gobierno a la de un órgano de fiscalización del proceso de revisión de tarifas, a fin de determinar los elementos o componentes clave necesarios para la fijación de las tarifas del distribuidor; (ii) utilizar consultoras independientes para realizar tareas específicas y calcular algunos de los elementos necesarios para la fijación de tarifas; y (iii) establecer un proceso para la creación de un ente independiente para resolver las controversias entre el ente regulador y el distribuidor en relación con el estudio de la consultora independiente. Tal como expliqué en mi primera opinión, un sistema de contrapesos de esta naturaleza tenía como objetivo garantizar que ni el distribuidor ni el Gobierno tuvieran la potestad unilateral de fijar las tarifas del distribuidor, lo cual podría resultar perjudicial para el consumidor regulado, por un lado, y para el distribuidor, por el otro<sup>17</sup>. A fin de restringir la intervención política en el proceso de fijación de tarifas, la LGE estableció tres disposiciones clave: en primer lugar, cada distribuidor debe “calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE]”, de conformidad con el Artículo 74 de la LGE<sup>18</sup>; en segundo lugar, la CNEE supervisa el progreso de los estudios, pero no tiene derecho a realizar los estudios por sí, conforme el Artículo 74 de la LGE<sup>19</sup>; y en tercer lugar, cualquier diferencia o controversia en relación con el estudio del VAD que subsistiera entre las partes deberá someterse a un panel de expertos independientes, que “se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”, de acuerdo con las disposiciones del Artículo 75 de la LGE<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Ver LGE, Arts. 71-79 (C-17).

<sup>17</sup> Ver Alegria I, párrafos 25-31 (CER-1).

<sup>18</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>19</sup> *Íd.*

<sup>20</sup> *Íd.*, Art. 75.

7. En cuanto a la naturaleza y función de la Comisión Pericial, se ha cuestionado si las decisiones o “pronunciamientos” de la Comisión deben considerarse una resolución vinculante de la controversia entre las partes<sup>21</sup>. Tal como se explicara en mi primera opinión<sup>22</sup>, de conformidad con los Artículos 75 y 76 de la LGE, las decisiones de la Comisión Pericial respecto de las discrepancias son vinculantes para las partes, y la CNEE debe aplicar el VAD resultante para determinar el nuevo pliego tarifario del distribuidor<sup>23</sup>. La resolución de controversias respecto del estudio del VAD del distribuidor corresponderá a los peritos, y ni el ente regulador ni el distribuidor tendrán la potestad de determinar unilateralmente los resultados del estudio del VAD<sup>24</sup>. Como observé en mi primera opinión, cualquier intento por interferir con la potestad de la resolución de controversias de la Comisión Pericial equivaldría a dar carta blanca a la CNEE para fijar el VAD del distribuidor<sup>25</sup>, lo cual podría resultar perjudicial para el distribuidor y contradeciría las recomendaciones del Informe Bernstein y Descazeaux, citado *supra*.

8. En relación con la función de la Comisión Pericial, cabe señalar que el Sr. Bernstein, autor del Informe y del primer borrador de la LGE y del RLGE, es un consultor chileno y, en su informe, Bernstein utiliza como referencia el sistema eléctrico de Chile y la empresa de distribución de Chile, Chilquinta, S.A.<sup>26</sup>. A fin de entender la redacción del Artículo

---

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad y de Contestación de Demanda de la Demandada del 24 de enero de 2012 (“Memorial de Contestación”), párrafos 206-213; Opinión Experta de Juan Luis Aguilar Salguero, del 18 de enero de 2012 (en adelante, “Aguilar”), párrafos 46-58 (**RER-3**).

<sup>22</sup> Ver Alegria I, párrafos 30-31 (**CER-1**).

<sup>23</sup> LGE, Art. 75 (“La Comisión revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. En caso de discrepancias formuladas por escrito, la Comisión y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación.”) (**C-17**); *Íd.*, Art. 76 (“La Comisión usará los VAD y los precios de adquisición de energía, referidos a la entrada de la red de distribución, para estructurar un conjunto de tarifas para cada adjudicatario. Estas tarifas deberán reflejar en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”).

<sup>24</sup> Ver Alegria I, párrafo 31 (**CER-1**).

<sup>25</sup> Ver *Íd.*, párrafo 68.

<sup>26</sup> Juan Sebastián Bernstein & Jean Jacques Descazeaux, *Reestructuración del Sector Energético de Guatemala: Análisis de la Descentralización y los Mecanismos de Participación Privada Informe Final* de junio de 1993, pp. 16-18 (**C-9**).

75 de la LGE respecto de la Comisión Pericial, amerita remitirse a la Ley de Servicios Eléctricos de Chile y su reglamento. En Chile, el sector eléctrico se encuentra regulado por la *Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica*, que entró en vigor en 1982, con sus modificaciones<sup>27</sup>. El Artículo 208 de la Ley de Servicios Eléctricos de Chile dispone que un Panel de Expertos deberá resolver las discrepancias referidas a algunas de las cuestiones allí establecidas<sup>28</sup>. El Panel de Expertos será de naturaleza permanente y sus miembros se designan por el término de seis años<sup>29</sup>. Con respecto a las discrepancias, el Artículo 211 de la Ley de Servicios Eléctricos de Chile establece que “[e]l dictamen del panel de expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia”<sup>30</sup>. Dispone asimismo que el pronunciamiento será vinculante para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria<sup>31</sup>. Se establece una excepción a la regla para casos específicos en los cuales se puede apelar el informe cuando la comisión se hubiera expedido sobre materias no sometidas a su consideración<sup>32</sup>. En el contexto del Artículo 211 de la Ley de Servicios Eléctricos de Chile, surgen los siguientes elementos: (i) las discrepancias se someterán a un Panel de Expertos; (ii) el verbo “pronunciarse” se utilizará respecto de la emisión del informe del Panel de Expertos; y (iii) el dictamen o resolución del panel de expertos será vinculante para las partes. El Artículo 211 de la Ley de Servicios Eléctricos de Chile, al igual que el Artículo 75 de la LGE (Artículo 65 del borrador original de la LGE elaborado por Bernstein),<sup>33</sup> dispone la creación de un panel de expertos que emitirá una resolución vinculante, y utiliza el verbo “pronunciarse” al referirse a la emisión del dictamen.

---

<sup>27</sup> Ley General de Electricidad de Chile, del 2 de mayo de 2007 (C-482).

<sup>28</sup> *Íd.*, Art. 208.

<sup>29</sup> *Íd.*

<sup>30</sup> *Íd.*, Art. 211.

<sup>31</sup> *Íd.*

<sup>32</sup> *Íd.*

<sup>33</sup> Proyecto de Ley General de Electricidad y de su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, 4 de abril de 1995, Art. 65 (C-13).

9. El Artículo 314 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos de Chile fija un procedimiento similar<sup>34</sup>. El Artículo 314 se refiere al cálculo del Valor Nuevo de Reemplazo (“VNR”) de los activos del distribuidor que deben tomarse en consideración a los fines de la determinación de las tarifas de electricidad para los usuarios finales y, en su parte relevante, dispone lo siguiente:

En caso de existir discrepancias, las empresas podrán solicitar la constitución de una comisión pericial, a quien corresponderá determinar el respectivo VNR. Esta comisión estará integrada por tres peritos ingenieros, uno nombrado por el Presidente de la República, otro designado por el respectivo concesionario, y el tercero será el decano de una Facultad de Ingeniería, con asiento en la capital, de una Universidad estatal, con mayor antigüedad en el ejercicio del cargo. La comisión pericial deberá pronunciarse sobre el VNR antes del 31 de diciembre del año respectivo<sup>35</sup>.

Esta disposición del Reglamento chileno es notablemente similar al Artículo 75 de la LGE: (i) se refiere a las discrepancias entre el ente regulador y el distribuidor en relación con un elemento del VAD que debe tomarse en consideración a los fines del cálculo de las tarifas de electricidad del distribuidor; (ii) dispone la creación de una comisión pericial de tres miembros para resolver las discrepancias; y (iii) utiliza el verbo “*pronunciarse*” al referirse a la resolución de la comisión de expertos. La única diferencia es que el Artículo 314 del Reglamento chileno dispone que la comisión de expertos deberá determinar el VNR mediante su “pronunciamiento”, en tanto que el Artículo 75 de la LGE dispone que la Comisión Pericial deberá resolver las controversias entre las partes en relación con el estudio del VAD del distribuidor.

10. Sobre la base de la Ley de Servicios Eléctricos de Chile y su Reglamento, cabe concluir que cuando el Sr. Bernstein redactó el Artículo 75 de la LGE (Artículo 65 del borrador original de la LGE redactado por el Sr. Bernstein), entendía de su propio sistema en Chile que la comisión pericial emitiría una resolución vinculante respecto de las discrepancias entre el ente regulador y el distribuidor y que, en ese contexto, el término “pronunciamiento” se refiere a una decisión vinculante, y no meramente a una opinión consultiva no vinculante. La afirmación de

---

<sup>34</sup> Reglamento de la Ley General de Electricidad de Chile, del 9 de octubre de 1998, Art. 314 (C-429).

<sup>35</sup> *Íd.*

Guatemala de que la intención original de la LGE era que la Comisión Pericial funcionara como mera asesora de la CNEE en el proceso de revisión tarifaria, y de que el “pronunciamiento” de la Comisión Pericial del Artículo 75 de la LGE constituye únicamente una opinión fundamentada que la CNEE puede aceptar o rechazar implica desconocer el contexto en el cual se redactó la LGE.

## **B. Creación de la CNEE**

11. La necesidad de un experto independiente para resolver las controversias entre el regulador y el distribuidor respecto de los elementos a tomarse en consideración a fin de computar las tarifas de electricidad del distribuidor aumenta aun más por el hecho de que la CNEE, en contra de las recomendaciones de los Sres. Bernstein y Descazeaux en su Informe y de lo previsto en el primer borrador de la LGE elaborado por el Sr. Bernstein en calidad de consultor de Synex, no es ni autónoma ni independiente del Poder Político<sup>36</sup>. Según lo contemplado en el Artículo 5 del primer borrador de la LGE, debía crearse una Comisión Regulatoria como ente autónomo con personalidad jurídica propia, independiente del Poder Ejecutivo del Gobierno: “Los precios de transporte y distribución de electricidad sujetos a concesión serán determinados por una Comisión Reguladora, organismo técnico al que la ley le reconoce personalidad jurídica”<sup>37</sup>.

12. De conformidad con el Artículo 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la creación de un ente autónomo y descentralizado con personalidad jurídica propia requiere del voto favorable de dos terceras partes de los representantes en el Congreso<sup>38</sup>. Por ende, la creación de un ente regulatorio autónomo por la nueva ley de electricidad requería el voto favorable de dos terceras partes del Congreso (en ese momento, el Congreso estaba integrado por 80 legisladores). Cuando se presentó ante el Congreso para su discusión, el proyecto de la LGE despertó fuerte oposición política de los representantes de varios partidos

---

<sup>36</sup> Proyecto de la Ley General de Electricidad y de su Reglamento, Borrador Final, República de Guatemala, del 4 de abril de 1995, Art. 5 (C-13).

<sup>37</sup> *Íd.*

<sup>38</sup> Constitución Política de Guatemala, modificada por el Decreto N.º 18-93, Art. 134 (C-11).

políticos. Según un informe elaborado por la CNUDMI en diciembre de 2010 (“Informe de la CNUDMI”)<sup>39</sup>, y como lo confirman los artículos periodísticos de la época<sup>40</sup>, el partido oficialista no logró obtener el voto favorable de dos tercios del Congreso, necesario para otorgar a la CNEE plena autonomía e independencia. Como resultado, se modificó el Artículo 4 del proyecto de la LGE en relación con la CNEE y “[l]a Comisión Nacional de Energía Eléctrica (‘CNEE’), en vez de ser un ente autónomo, como está contemplado en el proyecto de ley anterior, dependerá del Ministerio de Energía y Minas (‘MEM’)”<sup>41</sup>. Tal como lo señalara en ese momento el Presidente del Congreso, Carlos García Regás, “[c]on este cambio, que evita totalmente la privatización del sector eléctrico, esperamos que la ley pueda ser aprobada por unanimidad”<sup>42</sup>. Además, el Sr. Regás manifestó: “[n]osotros no queremos que se cambie este ente autónomo, pero debido a la oposición sistemática mostrada por los diputados del FRG, no hemos tenido más remedio que hacerlo, debido a la importancia de la Ley”<sup>43</sup>. Durante la tercera ronda de debates para la aprobación de la LGE, el Diputado Ruano Herrera expresó en igual sentido que era una “lástima que el día de hoy no estemos autorizando un ente autónomo, porque entonces se dispararían muchas de las dudas planteadas acá”<sup>44</sup>. Al concluir el debate de la tercera lectura de la LGE el 16 de octubre de 1996, la LGE se aprobó con 49 votos a favor, 23 votos en contra, y 8 ausentes<sup>45</sup>.

13. El Artículo 4 del proyecto de la LGE, presentado el 16 de octubre de 1996, prescribía lo siguiente: “Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico dependiente del Ministerio [de Energía y Minas]...”<sup>46</sup> En respuesta a la solicitud de los miembros de la Comisión de Energía y Minas del Congreso, se

---

<sup>39</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Análisis de la Política de Inversión en Guatemala*, diciembre de 2011, p. 2 (C-532).

<sup>40</sup> *Ver la Comisión Nacional dependerá del Ministerio de Energía y Minas*, del 13 de septiembre de 1996 (C-422); *Hoy discutirán nuevo proyecto de Ley General de Electricidad*, del 17 de septiembre de 1996 (C-423).

<sup>41</sup> *Comisión Nacional dependerá del Ministerio de Energía y Minas*, del 13 de septiembre de 1996 (C-422).

<sup>42</sup> *Íd.*

<sup>43</sup> *Hoy discutirán nuevo proyecto de LGE*, del 17 de septiembre de 1996 (C-423).

<sup>44</sup> Diario de las sesiones del Congreso de la República de Guatemala, Período Ordinario 1996-1997, Sesión Ordinaria N.º 074 del 16 de octubre de 1996, p. 102 (C-16).

<sup>45</sup> *Íd.* p. 108.

<sup>46</sup> *Íd.* p. 69.

modificó el Artículo 4 para otorgar a la CNEE “independencia funcional” del MEM: “Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico del Ministerio [de Energía y Minas]. La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones...”<sup>47</sup>. Esta es la redacción actual del Artículo 4 de la LGE<sup>48</sup>. Sin embargo, incluso con este cambio de último momento, la CNEE forma parte de la estructura jerárquica del MEM, y, por lo tanto, la CNEE depende del MEM y está sujeta a la autoridad jerárquica del MEM. Por consiguiente, si bien la CNEE tiene independencia funcional en el ejercicio de sus facultades y tiene presupuesto propio, no es estructuralmente independiente del Poder Ejecutivo. Tal como se indica en el Informe de la CNUDMI, “cuando se aprobó la Ley de Electricidad, el Gobierno de turno no alcanzó la mayoría necesaria para otorgar a la nueva comisión reguladora independencia estructural completa y durante los primeros años de vida de la Comisión ocurrieron episodios de interferencia”<sup>49</sup>. Asimismo, el Informe de la CNUDMI recomienda lo siguiente: “es aconsejable fortalecer el aislamiento institucional del regulador respecto al ejecutivo, en línea con las mejores prácticas internacionales”, y aduce que “[e]sto fomentaría la confianza del inversionista respecto a la ecuanimidad del equilibrio entre el interés público y los intereses privados” y también “protegería al regulador de posibles futuros cuestionamientos sobre su dependencia política”<sup>50</sup>.

14. En relación con el control del MEM de las actividades de la CNEE, cabe destacar que todas las resoluciones de la CNEE pueden apelarse mediante recursos administrativos que se someten a la resolución del MEM, que tiene la facultad legal de revocar o modificar las resoluciones apeladas de la CNEE<sup>51</sup>. Esto también ha sido ratificado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la más alta instancia del país, responsable del control de

---

<sup>47</sup> *Íd.* p. 112.

<sup>48</sup> LGE, Art. 4 (C-17).

<sup>49</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Análisis de la Política de Inversión en Guatemala*, diciembre de 2011, p. 2 (C-532).

<sup>50</sup> *Íd.*

<sup>51</sup> *Ver Acuerdo Gubernativo N.º 256-97 del 21 de marzo de 1997 (“RLGE”), Art. 149 (C-21).*



constitucionalidad<sup>52</sup>. La Corte de Constitucionalidad también ha confirmado que la CNEE se encuentra sujeta a la autoridad del MEM. En el Expediente N.º 1057-2004, la Corte de Constitucionalidad ratificó la sentencia del tribunal de primera instancia en el sentido de que la CNEE “tiene superior jerárquico que es el Ministerio de Energía y Minas” y que “es a éste al que le correspondía decidir sobre la procedencia o improcedencia del recurso de revocatoria...”<sup>53</sup>. Esta posición también fue ratificada por la decisión de la Corte de Constitucionalidad en el Expediente N.º 1886-2004. En ese caso, la CNEE rechazó, en ejercicio de sus poderes, un recurso de revocatoria planteado por Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A., otra compañía de distribución de Guatemala. La Corte determinó que le correspondía “al Ministerio de Energía y Minas decidir sobre la procedencia o improcedencia del mismo [el recurso administrativo].”<sup>54</sup> Esta decisión se basó en el requisito de que la CNEE remita el recurso administrativo a su superior jerárquico, el MEM, para su resolución.

15. El hecho de que la autoridad de la CNEE está sujeta a la supervisión y el poder jerárquico del MEM queda demostrado por el hecho de que el reglamento interno de la CNEE está sujeto a aprobación y debe ser emitido por el MEM mediante un acuerdo Ministerial<sup>55</sup>. Recientemente se modificó completamente el reglamento interno de la CNEE mediante Acuerdo ministerial N.º 161-2011 del 22 de agosto de 2011, que entró en vigor el 27 de agosto de 2011<sup>56</sup>. Este reglamento interno incluye un nuevo Artículo 15, intitulado “Protección Legal”<sup>57</sup>. El Artículo 15 dispone lo siguiente:

Los directores de la Comisión, sí como las autoridades, funcionarios y empleados de la misma, tienen derecho a que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, cubra los gastos y costas

---

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en los Expedientes N.º 235-2000 and N.º 780-2000 del 24 de mayo de 2000 (**C-443**) and 8 Mar. 2001 (**C-441**).

<sup>53</sup> Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Expediente N.º 1057-2004 del 8 de julio de 2004 (**C-463**).

<sup>54</sup> Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Expediente N.º 1886-2004 del 13 de octubre de 2004 (**C-465**).

<sup>55</sup> RLGE, Art. 36 (**C-21**).

<sup>56</sup> Acuerdo Ministerial N.º 161-2011 del 22 de agosto de 2011 (**C-542**).

<sup>57</sup> *Íd.*, Art. 15.

procesales que sean necesarios para su defensa, cuando en su contra se planteen juicios o demandas derivados de actos y decisiones adoptados en el ejercicio de su cargo. Lo dispuesto en el párrafo que antecede se aplicará inclusive cuando el personal descrito ya no se encuentre en el ejercicio de dichos cargos. La Comisión determinará el mecanismo que deba implementarse para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo<sup>58</sup>.

El reglamento interno anterior de la CNEE, aprobado por el Acuerdo Ministerial N.º OM-275-98<sup>59</sup>, no ofrecía ninguna protección a los Directores y funcionarios de la CNEE. La protección jurídica general de la que gozan los Directores y funcionarios de la CNEE, tanto en ejercicio de sus funciones como luego de ello, es equivalente a eliminar la responsabilidad personal por los actos realizados en ejercicio de sus funciones oficiales. Es irrelevante si violaron la ley o no. El Artículo 15 les ofrece indemnidad absoluta contra todos los costos y gastos legales por acciones instituidas en su contra en su capacidad oficial. Cabe señalar que esta disposición contradice lo dispuesto en el Artículo 5 de la LGE, que dispone que los Directores de la CNEE deberán desempeñar sus funciones “con absoluta independencia de criterio y bajo su exclusiva responsabilidad”<sup>60</sup>.

16. Asimismo, de conformidad con el Artículo 155 de la Constitución Política de Guatemala, cuando un diplomático, funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones viola la ley en perjuicio de los particulares, el Estado o la Institución Estatal en la que trabaja será solidaria y mancomunadamente responsable por los daños y perjuicios causados por su conducta<sup>61</sup>. Por consiguiente, de conformidad con el Artículo 155 de la Constitución, la CNEE es solidaria y mancomunadamente responsable por los daños y perjuicios originados por los actos de sus Directores y funcionarios. Por lo tanto, independientemente de los actos de los

---

<sup>58</sup> *Íd.*

<sup>59</sup> Acuerdo Ministerial N.º OM-275-98 del 29 de julio de 1998 (C-427).

<sup>60</sup> LGE, Art. 5 (C-17). Señalo asimismo que muy probablemente esta disposición sea inconstitucional, ya que contradice directamente el Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El Artículo 154 de la Constitución dispone lo siguiente “Los funcionarios [de gobierno] son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”. Constitución Política de Guatemala, modificada por el Decreto No. 18-93, Art. 154 (C-11).

<sup>61</sup> Constitución Política de Guatemala, modificada por Decreto N.º 18-93, Art. 155 (C-11).

Directores y los funcionarios de la CNEE, en virtud del Artículo 15 del Reglamento Interno de la CNEE, la CNEE deberá afrontar los costos de su defensa y, dado que la CNEE será solidaria y mancomunadamente responsable por los actos realizados en su capacidad oficial, los Directores y Oficiales no serán responsables por las pérdidas o daños sufridos. De esta forma se elimina un fuerte incentivo de los Directores y funcionarios para rehusarse a seguir instrucciones de actuar ilegalmente, ya que incluso si se los demandara, no serán responsables por las pérdidas ni deberán afrontar siquiera los gastos de su defensa.

### **III. MARCO REGULATORIO ESTABLECIDO POR LA LGE Y EL RLGE PARA LA DISTRIBUCIÓN DE ELECTRICIDAD EN GUATEMALA**

#### **A. Cálculo del VAD del Distribuidor**

17. La Ley del Organismo Judicial de Guatemala (Decreto N.º 2-89) establece los principios de interpretación de las leyes de Guatemala<sup>62</sup>. El Artículo 10 de la Ley dispone que, al interpretarse la ley, la norma legal debe interpretarse según lo dispuesto en su texto, según el sentido de las palabras, el contexto, y de conformidad con las disposiciones constitucionales; establece asimismo que cuando una ley es clara, el sentido literal no podrá dejarse de lado con el pretexto de indagar su espíritu<sup>63</sup>.

18. Tal como explicara en mi primera opinión<sup>64</sup>, de conformidad con el Artículo 74 de la LGE, “[c]ada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE]”<sup>65</sup>. Los términos literales del Artículo 74 son claros: el Distribuidor es el ente en el cual la ley delega la tarea de calcular los componentes del VAD mediante un estudio realizado por una consultora

---

<sup>62</sup> Decreto N.º 2-89 del Congreso de la República (“Ley del Organismo Judicial”) entrada en vigor el 31 de diciembre de 1990, Art. 9; *ver también* *íd.*, Art. 1 (“*ARTICULO 1. Normas generales. Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.*”) (C-6).

<sup>63</sup> *Íd.*, Art. 10.

<sup>64</sup> Alegria I, párrafo 27 (CER-1).

<sup>65</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

independiente precalificada por la CNEE<sup>66</sup>. La redacción del Artículo 74 no deja lugar a ninguna otra interpretación. De conformidad con la LGE, no compete a la CNEE calcular los componentes del VAD del distribuidor mediante su propio estudio del VAD. Tal como manifestara en mi primera opinión, a pesar de que el nuevo Artículo 98 del RLGE establece que la CNEE podrá calcular los componentes del VAD mediante su propio estudio independiente del VAD en determinadas circunstancias, el Artículo 98 contradice el Artículo 74 de la LGE y, en mi opinión, es inconstitucional<sup>67</sup>.

19. Asimismo, si bien el Artículo 74 de la LGE faculta a la CNEE a determinar la metodología para el cálculo del VAD, la CNEE no tiene la potestad de calcular los componentes del VAD, y debe atenerse al estudio del VAD del distribuidor. Tal como se establece en el Artículo 74, *in fine*, “[l]os términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la [CNEE], la que tendrá derecho a supervisar el avance de dichos estudios”<sup>68</sup>. Por lo tanto, una vez emitidos los Términos de Referencia y una vez que la CNEE ha precalificado a las consultoras, la potestad de la CNEE durante el desarrollo del estudio del VAD se limita a monitorear su avance. Tal como explicara también en mi primera opinión<sup>69</sup>, la CNEE no tiene discrecionalidad absoluta para elaborar los Términos de Referencia para la preparación del estudio del VAD del distribuidor, sino que debe aplicar las fórmulas y los procedimientos de cálculo establecidos en el RLGE y no podrá manipularlos para obtener un resultado predeterminado<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> En su Memorial de Contestación, Guatemala no cuestiona este punto. Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafo 194 (“En el caso de Guatemala, la LGE eligió que sea el distribuidor el que realice el estudio, y que el regulador tenga el derecho de comentar, aprobar o desaprobar el estudio. La razón principal para delegar esta tarea al distribuidor, es que el distribuidor en principio está mejor posicionado para acceder a la información y documentación necesaria para realizar el estudio”).

<sup>67</sup> Alegria I, párrafos 35-40 (**CER-1**). Tal como explicara en mi primera opinión, el Artículo 98 modificado del RLGE se aplica en dos situaciones: (i) cuando el distribuidor omite presentar un estudio de VAD, y (ii) cuando, una vez que el distribuidor hubiera presentado el estudio de VAD y la CNEE hubiera realizado las observaciones pertinentes, el distribuidor no enviara las correcciones al estudio original de VAD. Ver *Íd.*, párrafo 37.

<sup>68</sup> LGE, Art. 74 (**C-17**).

<sup>69</sup> Alegria I, párrafo 29 (**CER-1**).

<sup>70</sup> Ver RLGE, Arts. 88-90 (**C-21**).

20. En su Memorial de Contestación, Guatemala afirma que la interpretación de la LGE y del RLGE en el sentido de que la CNEE debe limitarse a la mera “supervisión” del avance del estudio del VAD elaborado por la consultora del distribuidor es directamente incompatible con la letra del marco legal aplicable, porque la CNEE es un ente regulador con potestades específicas para “determinar las tarifas” y, por lo tanto, también para “definir y aprobar el VAD”<sup>71</sup>. Guatemala así lo afirma basándose en los párrafos 10 y 46 a 58 de la opinión del experto Aguilar respecto de la facultad de la CNEE de determinar las tarifas del distribuidor<sup>72</sup>. Estas manifestaciones son engañosas y se basan en la falsa premisa de que como la CNEE tiene la atribución de “determinar las tarifas”, sólo ella puede “definir y aprobar el VAD”.

21. El Artículo 4(c) de la LGE dispone que una de las facultades de la CNEE es “[d]efinir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas”<sup>73</sup>. Se trata de una disposición de carácter general que determina que la CNEE es el ente regulatorio facultado para fijar las tarifas de transmisión y de distribución. Este hecho no ha sido cuestionado ni puesto en duda en ningún momento, y surge también del Artículo 61 de la LGE, que anticipa que la CNEE fijará las tarifas sumando los componentes del costo de adquisición de capacidad y energía y los costos eficientes de distribución a los que se hace referencia en el Artículo 60 de la LGE<sup>74</sup>. No obstante ello, los artículos de la LGE que se refieren específicamente al método de cálculo del VAD (Artículos 74 y 75 de la LGE), establecen expresamente que compete al distribuidor, y no a la CNEE, calcular los componentes del VAD<sup>75</sup>. Por consiguiente, si bien la CNEE es responsable de fijar las tarifas

---

<sup>71</sup> Memorial de Contestación, párrafo 171.

<sup>72</sup> Aguilar, párrafos 10, 46-58 (**RER-3**).

<sup>73</sup> LGE, Art. 4(c) (**C-17**).

<sup>74</sup> *Íd.*, Art. 61 (“Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión, a través de adicionar las componentes de costos de adquisición de potencia y energía, libremente pactados entre generadores y distribuidores y referidos a la entrada de la red de distribución con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior. Las tarifas se estructurarán de modo que promuevan la igualdad de tratamiento a los consumidores y la eficiencia económica del sector. En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a una categoría de usuarios podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros usuarios”).

<sup>75</sup> *Ver Íd.*, Arts. 74-75.

del distribuidor sumando el costo de adquisición de la capacidad y energía y el VAD del distribuidor, y luego publicar el nuevo pliego tarifario, de conformidad con la LGE la CNEE no tiene la facultad de calcular el VAD del distribuidor.

22. En materia de interpretación de las leyes, el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial prevé lo siguiente: “[l]as disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales”<sup>76</sup>. Dado que el Artículo 74 establece una disposición especial respecto del cálculo de un elemento de las tarifas del distribuidor (el componente del VAD), dicha disposición prevalece sobre el Artículo 4(c) de la LGE, una cláusula de naturaleza general relativa a la facultad de la CNEE de fijar las tarifas de distribución. De aplicarse correctamente las reglas para la interpretación de la LGE, la única conclusión posible es que (i) la CNEE no tiene la potestad legal para calcular los componentes del VAD por sí sola; y (ii) durante el desarrollo de los estudios del VAD, la CNEE podrá únicamente supervisar el avance de dichos estudios.

23. No obstante ello, se otorga a la CNEE la posibilidad de objetar los estudios del VAD una vez concluidos. Así surge del Artículo 75 de la LGE, que establece que la CNEE “revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos”<sup>77</sup>. La redacción del Artículo 75 de la LGE dispone claramente que la CNEE podrá formular comentarios a los “estudios realizados”, utilizando el participio pasado al referirse a la realización de los estudios. Cabe entonces suponer que esta restricción a la facultad de la CNEE se estableció a fin de evitar su interferencia en el trabajo de la consultora del distribuidor. El Artículo 75 de la LGE dispone asimismo que si los comentarios de la CNEE respecto del estudio del VAD de la consultora dan lugar a una discrepancia o diferencia, la CNEE y el distribuidor “deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo” que “se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”<sup>78</sup>. Tal como se señalara *supra*, la CNEE deberá utilizar los

---

<sup>76</sup> Ley del Organismo Judicial, Art. 13 (C-6).

<sup>77</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>78</sup> *Íd.*

resultados del estudio del VAD que refleje el pronunciamiento de la Comisión Pericial a fin de fijar el nuevo pliego tarifario del distribuidor de conformidad con el Artículo 76 de la LGE<sup>79</sup>.

24. En su opinión experta, el Sr. Aguilar confunde el cálculo del VAD del distribuidor con el cálculo de las tarifas del distribuidor, que son dos cosas distintas. Por ejemplo, en un intento por justificar su postura de que la CNEE tiene la facultad de calcular los componentes del VAD, el Sr. Aguilar afirma lo siguiente: “[r]especto de la responsabilidad de la CNEE en la aprobación de los estudios del VAD (estudios tarifarios), cabe señalar, por ejemplo, las siguientes disposiciones del Reglamento: ... b. El Artículo 83 [del RLGE], que especifica la responsabilidad de la CNEE en la determinación de los costos que se incluirán en el VAD: ‘No se incluirán como costos de suministro [...] costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad’”<sup>80</sup>. En igual sentido, en su Memorial de Contestación Guatemala alega que: “el Reglamento define específicamente qué costos no deben ser reconocidos y le otorga la CNEE discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos” de conformidad con el Artículo 83 del Reglamento<sup>81</sup>. Sin embargo, el Artículo 83 del RLGE no se refiere al cálculo del VAD del distribuidor, sino a los costos que no deben incluirse como costos de suministro en el cálculo de las Tarifas Base del distribuidor<sup>82</sup>.

25. Con arreglo al Artículo 71 de la LGE, la CNEE debe calcular las Tarifas Base para los usuarios finales del servicio de distribución por medio de la suma de: (i) el precio ajustado de todas las compras de energía y capacidad realizadas por el distribuidor y (ii) el

---

<sup>79</sup> *Íd.*, Art. 76.

<sup>80</sup> Aguilar, párrafo 33 (**RER-3**).

<sup>81</sup> Memorial de Contestación, párrafo 165.

<sup>82</sup> RLGE, Art. 83 (“No se incluirán como costos de suministro, para el cálculo de las Tarifas Base: los costos financieros, depreciación de equipos, los costos relacionados con las instalaciones de generación que posea el Distribuidor, los costos asociados a instalaciones de alumbrado público, las cargas por exceso de demanda respecto a la contratada que se establezcan en el Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, todo pago adicional a la potencia convenida en los contratos de compra de potencia, y otros costos que a criterio de la Comisión, sean excesivos o no correspondan al ejercicio de la actividad”). (**C-21**).

VAD<sup>83</sup>. A efectos del cálculo del precio ajustado de las compras de energía y capacidad, es decir, el primer componente de las Tarifas Base, la CNEE deberá aplicar las reglas establecidas en los Artículos 79 al 90 del RLGE, que se refieren a los costos efectivamente incurridos por el distribuidor en relación con la compra de energía y capacidad<sup>84</sup>. Estos costos no surgen del estudio del VAD del distribuidor y no son los costos de una empresa eficiente modelo, sino que representan los costos en los que el distribuidor efectivamente hubiera incurrido en relación con las compras de electricidad para distribución, que se trasladan a los consumidores finales a través de las tarifas<sup>85</sup>. Contrariamente a la opinión del experto Aguilar, la potestad que le confiere el Artículo 83 del RLGE de excluir determinados costos como costos de suministro a los fines del cálculo de las Tarifas Base del Distribuidor no significa que la CNEE tenga la facultad de determinar el VAD del distribuidor. El Artículo 83 del RLGE tampoco confiere a la CNEE “la discreción de rechazar aquellos costos que ésta considere no apropiados para la actividad o excesivos” del estudio del VAD del distribuidor, tal como lo afirma Guatemala en su Memorial de Contestación.

26. Asimismo, si bien los Artículos 92 y 99 del RLGE estipulan que la CNEE debe aprobar el estudio del VAD del distribuidor<sup>86</sup>, dicha aprobación no constituye un acto discrecional de la CNEE. Si la CNEE concuerda con el estudio del VAD realizado por la

---

<sup>83</sup> LGE, Art. 71 (“Las tarifas a consumidores finales de servicio de distribución final, en sus componentes de potencia y energía, serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución y del Valor Agregado de Distribución □ VAD□. Para referir los precios de adquisición de potencia y energía a la entrada de la red de distribución, la Comisión agregará los peajes por subtransmisión que sean pertinentes. Los precios de adquisición de potencia y energía a la entrada de la red de distribución deberán necesariamente expresarse de acuerdo a una componente de potencia relativa a la demanda máxima anual de la distribuidora (Q/kw/mes), y a una componente de energía (Q/kw/h”).) (C-17).

<sup>84</sup> RLGE, Arts. 79-90 (C-21).

<sup>85</sup> *Ver Íd.*, Art. 86 (“Antes del 31 marzo de cada año, el AMM presentará a la [CNEE] el cálculo de los precios de energía y potencia para ser trasladados a las tarifas para cada uno de los Distribuidores. La metodología de cálculo será establecida en el Reglamento Específico del Administrador del Mercado Mayorista, y se basará en los siguientes criterios; a) Para el precio de la potencia se utilizará el costo asociado a los Contratos Existentes y/o a los nuevos contratos por licitación abierta. b) Para la energía se utilizará el precio proyectado de la energía en el MM. La [CNEE] aprobará o improbará dicho cálculo. En caso de improbarla solicitará al AMM el recálculo correspondiente”).

<sup>86</sup> *Íd.*, Arts. 92, 99.



consultora del distribuidor, deberá aprobar el estudio sin formular observaciones de conformidad con el Artículo 75 de la LGE. No obstante ello, si la CNEE discrepa con el estudio del VAD, estará facultada a formular observaciones según el Artículo 75 de la LGE (lo cual, de conformidad con la interpretación de Guatemala del Artículo 98 del RLGE, equivale a solicitar una corrección de los estudios)<sup>87</sup>. De acuerdo con el Artículo 98 del RLGE, si el distribuidor, a través de su consultora, no está de acuerdo con las observaciones (es decir, si la consultora no realiza las correcciones indicadas en la observaciones al estudio), deberá dejarse constancia de las discrepancias por escrito y conformarse una Comisión Pericial para su resolución, de conformidad con el Artículo 75 de la LGE<sup>88</sup>. Si se aplican correctamente la LGE y el RLGE, una vez que la Comisión Pericial hubiera emitido su decisión respecto de las discrepancias, el estudio del VAD, modificado a fin de reflejar las decisiones de la Comisión Pericial, deberá ser aprobado por la CNEE, y la CNEE deberá fijar las nuevas tarifas del distribuidor sobre la base de los resultados de dicho estudio<sup>89</sup>.

27. La posición de Guatemala y de su experto en derecho, el Sr. Aguilar, es que en virtud del Artículo 75 de la LGE y el Artículo 98 del RLGE, las observaciones de la CNEE respecto del estudio del VAD del distribuidor son obligatorias, y las decisiones de la Comisión Pericial respecto de las discrepancias son meras opiniones que la CNEE puede aceptar o rechazar al determinar el VAD del distribuidor. Tal como explicara en mi primera opinión y como volveré a explicar más adelante, esta interpretación contradice la esencia misma de la Comisión Pericial y el espíritu del Artículo 75 de la LGE y el Artículo 98 del RLGE, que contemplan expresamente que el distribuidor puede discrepar con las observaciones de la CNEE y que, de persistir las discrepancias entre las partes, deberán someterse a una Comisión Pericial para su resolución<sup>90</sup>. La interpretación de Guatemala también se basa en una simplificación excesiva de las facultades que la LGE y el RLGE confieren a la CNEE, y confunde el procedimiento de cálculo del VAD

---

<sup>87</sup> LGE, Art. 75 (C-17); RLGE, Art. 98 (C-21).

<sup>88</sup> LGE, Art. 75 (C-17); RLGE, Art. 98 (C-21).

<sup>89</sup> LGE, Arts. 75-76 (C-17); RLGE, Arts. 98-99 (C-21).

<sup>90</sup> Ver Alegría I, párrafo 67 (CER-1); *infra* párrafos 30-43.

del distribuidor con la potestad de la CNEE de fijar las tarifas del distribuidor, tratando a ambas cuestiones como si fueran una única cuestión, a pesar de que son muy distintas.

28. En su Memorial de Contestación, Guatemala afirma asimismo que luego del proceso de revisión tarifaria de EEGSA para el período 2003-2008, se modificó el Artículo 99 del RLGE en 2003 para permitirle a la CNEE emitir e implementar un pliego tarifario de inmediato una vez vencido el pliego tarifario del distribuidor, y que el propósito de las reformas de 2003 fue el de evitar que el distribuidor continuara aplicando el pliego tarifario anterior<sup>91</sup>. Esto no es así: el Artículo 99 del RLGE modificado no le otorga tal potestad a la CNEE. Tal como expuse en mi primera opinión<sup>92</sup>, el MEM modificó los Artículos 98 y 99 del RLGE mediante el Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003<sup>93</sup> para resolver una situación creada por un amparo, mediante el cual se solicitaba la suspensión del pliego tarifario vigente de EEGSA<sup>94</sup>. Si se hubiera dado lugar al amparo y se hubiera suspendido el pliego tarifario vigente de EEGSA, ésta no habría tenido ningún pliego tarifario aplicable, y no podría haber continuado operando. A fin de superar esta dificultad, el MEM modificó los Artículos 98 y 99 del RLGE mediante el Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 con el objeto de permitirle a la CNEE emitir e implementar un pliego tarifario de inmediato ante la suspensión o anulación del pliego vigente por una orden judicial, de modo tal que el distribuidor no tuviera pliego tarifario a aplicar<sup>95</sup>. La segunda parte del Artículo 99 modificado del RLGE establece que si el distribuidor no contara con un pliego tarifario (es decir, si por una orden de un tribunal se suspendiera o invalidara el pliego tarifario aplicable), la CNEE deberá emitir un pliego tarifario de inmediato<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Memorial de Contestación, párrafos 266-268.

<sup>92</sup> Alegría I, párrafo 32 (**CER-1**).

<sup>93</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, entrado en vigor el 16 de enero de 2004 (**C-82**).

<sup>94</sup> *Ver Amparo* presentado por el Procurador de los Derechos Humanos ante el Tercer Tribunal de Apelaciones del 20 de mayo de 2003 (**C-452**).

<sup>95</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, entrado en vigor el 16 de enero de 2004 (**C-82**).

<sup>96</sup> *Íd.*, Art. 2 (que modifica el Art. 99 del RLGE) (“En ningún caso la actividad de Distribución Final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. Dada la circunstancia en la que una Distribuidora no cuente con un pliego tarifario, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberá emitir y

Cabe señalar que de conformidad con el Artículo 99 modificado del RLGE, la CNEE emite el nuevo pliego tarifario en función del VAD calculado mediante el procedimiento establecido en los Artículos 71 al 79 de la LGE; el nuevo Artículo 99 del RLGE no confiere a la CNEE la facultad de calcular el VAD sobre la base de su propio estudio del VAD independiente.

29. El reformado Artículo 99 del RLGE también establece que: “[e]n caso de que la [CNEE] no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste”<sup>97</sup>. Esto se ajusta plenamente al Artículo 78 de la LGE, que prevé que: “[e]n el evento que al vencimiento del período de vigencia de las tarifas no hayan sido fijadas las tarifas del período siguiente, por causa de la [CNEE], aquellas podrán ser ajustadas por los adjudicatarios según las fórmulas de ajuste automático”<sup>98</sup>. En igual sentido, el Artículo 98 del RLGE, modificado por el Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003, dispone que “[e]n tanto el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúe las correcciones a los mismos... no podrá modificar las tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas”<sup>99</sup>. Por ello, contrariamente a las afirmaciones de Guatemala<sup>100</sup>, de conformidad con las reformas de 2003, cuando no se publique el nuevo pliego tarifario debido a un error del distribuidor, se seguirá aplicando su pliego tarifario anterior sin ningún ajuste.

## **B. Finalidad y potestades de la Comisión Pericial**

30. Como indiqué en mi primera opinión, el rol de la Comisión Pericial, de conformidad con el Artículo 75 de la LGE, es dirimir las discrepancias que surjan entre la CNEE y el distribuidor respecto del estudio del VAD del distribuidor, una vez que la CNEE haya formulado sus observaciones respecto del estudio y el distribuidor haya respondido con sus

---

poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata, de forma que se cumpla con el requisito ya mencionado”).

<sup>97</sup> *Íd.*

<sup>98</sup> LGE, Art. 78 (C-17).

<sup>99</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, entrado en vigor el 16 de enero de 2004, Art. 1 (que modifica el Art. 98 del RLGE) (C-82).

<sup>100</sup> Memorial de Contestación, párrafo 269.

correcciones<sup>101</sup>. El Artículo 75 de la LGE dispone lo siguiente: “La [CNEE] revisará los estudios efectuados y podrá formular observaciones a los mismos. En caso de discrepancias formuladas por escrito, la Comisión y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo. La Comisión Pericial se pronunciará sobre las discrepancias, en un plazo de 60 días contados desde su conformación”<sup>102</sup>.

31. Es importante entender el objeto de la Comisión Pericial: la Comisión Pericial no calcula el VAD del distribuidor, ni aprueba sus tarifas; en realidad, la Comisión Pericial resuelve cualquier discrepancia o diferencia entre las partes respecto del cálculo de los componentes del VAD en el estudio del VAD del distribuidor. Una vez resueltas esas diferencias, la decisión de la Comisión Pericial se incorpora al estudio del VAD y se calcula el VAD del distribuidor sobre la base de dicho estudio. Luego, la CNEE utiliza el VAD del distribuidor para definir su nuevo pliego tarifario. Así es como debe aplicarse el pronunciamiento de la Comisión Pericial conforme lo previsto en el Artículo 75 de la LGE.

32. Guatemala y su experto en derecho, el Sr. Aguilar, alegan que el Artículo 98 del RLGE obliga al distribuidor a incorporar todas las correcciones solicitadas por la CNEE en sus observaciones, y que la idea de que la consultora del distribuidor puede “rechazar” las observaciones de la CNEE carece de fundamento legal<sup>103</sup>. Esta afirmación es simplemente incorrecta. El hecho de que el Artículo 75 de la LGE y el Artículo 98 del RLGE contemplen la existencia de discrepancias irresueltas entre las partes ratifica que el distribuidor no está legalmente obligado a realizar todas las correcciones solicitadas por la CNEE. Tal como indicara en mi primera opinión, si el distribuidor estuviera sujeto a una obligación tal, jamás existirían motivos para nombrar una Comisión Pericial, porque jamás subsistiría una discrepancia entre la CNEE y el distribuidor en relación con el estudio del VAD de este último<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Ver Alegría I, párrafos 76-78 (CER-1).

<sup>102</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>103</sup> Memorial de Contestación, párrafo 205.

<sup>104</sup> Ver Alegría I, párrafo 67 (CER-1).

33. La postura de Guatemala también se contradice con la adenda a los Términos de Referencia para el estudio del VAD de EEGSA establecidos en la Resolución N.º CNEE-124-2007<sup>105</sup>. El Artículo 1.8 de los Términos de Referencia establece que, de conformidad con el Artículo 98 del RLGE, “la CNEE dispondrá de un plazo de dos (2) meses para evaluar el Estudio presentado por la Distribuidora” y que, “[c]omo resultado de la evaluación, la CNEE formulará las observaciones que considere pertinentes”<sup>106</sup>. El Artículo 1.8 estipula además que “[e]l Distribuidor deberá analizar las observaciones, efectuar las correcciones que considere pertinentes y enviar a la CNEE, dentro de los quince (15) días de recibidas las observaciones al Informe Final eventualmente corregido”<sup>107</sup>. De esta forma, la CNEE reconoció expresamente en los Términos de Referencia que el distribuidor tiene el derecho, y no la obligación, de efectuar las correcciones solicitadas por la CNEE.

34. En igual sentido, el Artículo 98 modificado del RLGE dispone que: “[e]l Distribuidor, a través de la empresa consultora, analizará las observaciones, efectuará las correcciones a los estudios y los enviará a la [CNEE] dentro del plazo de quince días de recibidas las observaciones” y que “[d]e persistir discrepancias entre la [CNEE] y el Distribuidor, se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la Ley”<sup>108</sup>. Surge claramente de la redacción del Artículo 98 modificado del RLGE que el distribuidor tiene derecho a no efectuar todas las correcciones solicitadas por la CNEE, en cuyo caso se entenderá que existe una discrepancia y se constituirá una Comisión Pericial para su resolución.

35. El Artículo 98 modificado del RLGE establece asimismo que: “[e]n caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la [CNEE] quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que ésta efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios

---

<sup>105</sup> Resolución N.º CNEE-124-2007 del 9 de octubre de 2007 (C-127).

<sup>106</sup> *Íd.*, Art. 1.8.

<sup>107</sup> *Íd.* (énfasis añadido).

<sup>108</sup> RLGE, según las modificaciones introducidas por el Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 del 2 de marzo de 2007 (“RLGE Modificado”), Art. 98 (C-105).

iniciados por la distribuidora”<sup>109</sup>. Tal como explicara en mi primera opinión, este procedimiento se aplica en dos circunstancias limitadas: (i) cuando el distribuidor omite presentar el estudio del VAD, y (ii) cuando el distribuidor hubiera presentado el estudio del VAD, y una vez formuladas las observaciones a dicho estudio por parte de la CNEE, el distribuidor no responde a las observaciones de la CNEE corrigiendo el estudio del VAD de conformidad con dichas observaciones, o manifestando su desacuerdo con ellas por escrito<sup>110</sup>. Una vez que el distribuidor ha presentado su estudio del VAD y ha respondido a las observaciones de la CNEE, ésta no puede publicar el nuevo pliego tarifario sobre la base de su propio estudio del VAD independiente, a pesar de que el estudio del VAD del distribuidor no incluya las correcciones solicitadas. Tal como se establece *supra*, si la CNEE discrepa con el estudio del VAD del distribuidor, la CNEE podrá registrar las discrepancias por escrito y constituir una Comisión Pericial para dirimir las diferencias. No obstante ello, la CNEE no puede simplemente desestimar el estudio del VAD del distribuidor alegando que no refleja los resultados que ella desea.

36. Con respecto a las discrepancias, Guatemala aduce que: “[a] la luz del texto del artículo 98 del Reglamento que establece la obligación del consultor de ‘efectuar’ las correcciones requeridas por la CNEE para ajustar el estudio a los Términos de Referencia, es evidente que las únicas discrepancias que pueden subsistir son: (i) sí el distribuidor realizó o no las modificaciones; o (ii) sí las realizó correctamente”<sup>111</sup>. Esto es incorrecto. Tal como se explicó anteriormente, las correcciones solicitadas por la CNEE en sus observaciones no son obligatorias, y el distribuidor podrá objetar el contenido de dichas correcciones. Si la CNEE no está de acuerdo con la respuesta del distribuidor, se entenderá que existen discrepancias y se constituirá una Comisión Pericial para resolver las diferencias. Por consiguiente, las discrepancias ante la Comisión Pericial no se refieren únicamente a si el distribuidor implementó correctamente las correcciones solicitadas por la CNEE, sino que también pueden referirse a si deben implementarse o no las correcciones de la CNEE, a la luz de los Términos de Referencia y las disposiciones de la LGE y el RLGE.

---

<sup>109</sup> *Íd.*

<sup>110</sup> Alegría I, párrafo 37 (CER-1); RLGE Modificada, Art. 98 (C-105).

<sup>111</sup> Memorial de Contestación, párrafo 207.

37. En relación con la naturaleza vinculante de la decisión de la Comisión Pericial respecto de las discrepancias, Guatemala aduce que: “la traducción al inglés realizada por TGH del término ‘*se pronunciará*’ como ‘*shall rule*’ no es sólo incorrecta sino también tendenciosa” y que “[l]a correcta traducción de la acepción reflexiva del verbo ‘*pronunciarse*’ es ‘to pronounce oneself’ o ‘to declare oneself’ o ‘to give one’s opinion on’ (e.g. in favor of or against a proposal)”<sup>112</sup>. Esto no es así. Para que no quepan dudas, en español, el Artículo 75 de la LGE dice “*se pronunciará*”, es decir, el futuro del verbo reflexivo “*pronunciarse*”<sup>113</sup>. Tal como señalara en mi primera opinión<sup>114</sup>, de conformidad con el Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, los términos utilizados en la ley deben interpretarse de acuerdo al *Diccionario de la Real Academia Española*, con su acepción correspondiente, salvo que el legislador haya definido algún término expresamente<sup>115</sup>. En relación con esta disposición, cabe señalar dos cuestiones: (i) todas las palabras pueden tener significados diferentes según el Diccionario, y debe utilizarse la acepción que mejor se corresponda con el contexto; y (ii) la excepción a la regla se aplica únicamente en aquellos casos en los que el legislador hubiera definido expresamente el significado de la palabra.

38. Dado que el legislador no incluye una definición expresa de “*pronunciar*” en el Artículo 75 de la LGE, hay que remitirse al *Diccionario de la Real Academia Española* en busca del significado apropiado. Tal como expliqué en mi primera opinión<sup>116</sup>, el *Diccionario de la Real Academia Española* contiene seis acepciones de este verbo, que incluyen “[d]eterminar, resolver” y “[p]ublicar la sentencia o auto”, ambas sugiriendo una decisión vinculante<sup>117</sup>. La definición “publicar la sentencia o auto” también se ve precedida por la abreviatura “*Der*”, que significa “*derecho*”, lo cual indica que ésta es la definición que debe utilizarse en un contexto

---

<sup>112</sup> *Íd.*, párrafo 211.

<sup>113</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>114</sup> Alegría I, párrafo 76 y nota al pie 180 (CER-1).

<sup>115</sup> Ver Ley del Organismo Judicial, Art. 11 (“El idioma oficial [de la ley] es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente”) (C-6).

<sup>116</sup> Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

<sup>117</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 2001, segunda y quinta definiciones del verbo “*pronunciar*” (C-50).

jurídico<sup>118</sup>. El significado que proponen Guatemala y el Sr. Aguilar del término “*pronunciar*” es “[d]eclararse o mostrarse a favor o en contra de alguien o algo”<sup>119</sup>. Esta definición no aparece precedida por la abreviatura “*Der*”. y se aplica cuando un individuo “pronuncia” sus opiniones respecto de un tema, en contraposición al caso en el que un tercero emite una decisión sobre una cuestión controvertida, tal como debe hacerlo la Comisión Pericial respecto de las discrepancias, según el Artículo 75 de la LGE<sup>120</sup>. Como también lo expresé en mi primera opinión como experto<sup>121</sup>, el verbo “*pronunciar*” se utilizó sólo en otra oportunidad en la LGE, en referencia a la obligación de la autoridad competente de emitir una decisión definitiva y vinculante<sup>122</sup>. Algunas disposiciones del RLGE también utilizan el verbo “*pronunciar*” en referencia a decisiones o resoluciones vinculantes. Por ejemplo, el Artículo 27 del RLGE dispone que: “[u]na vez presentada la solicitud de transferencia al Ministerio, con toda la información requerida, éste tendrá un plazo de dos meses para autorizar o no la transferencia” y que: “[s]i vencido este plazo el Ministerio no se ha pronunciado, se entenderá dada la aprobación para la transferencia”<sup>123</sup>. En este contexto, el “pronunciamiento” del Ministerio respecto de la autorización de la transferencia solicitada no es facultativo, sino vinculante. Como ya lo observé en esta Opinión<sup>124</sup>, la Ley de Servicios Eléctricos de Chile y su Reglamento, que sirvieron como modelo de la LGE, utilizan el término “*pronunciar*” en el contexto de una decisión vinculante<sup>125</sup>.

39. Asimismo, antes de que surgiera esta controversia en 2008, parece no haber existido duda respecto de la correcta interpretación del término “*pronunciar*” tal como se utiliza

---

<sup>118</sup> *Íd.*, quinta definición del verbo “*pronunciar*.”

<sup>119</sup> *Íd.*, sexta definición del verbo “*pronunciar*”; ver también Memorial de Contestación, párrafo 211; Aguilar, párrafo 49 (RER-3).

<sup>120</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 2001, segunda, quinta y sexta definiciones del verbo “*pronunciar*” (C-50).

<sup>121</sup> Alegría I, párrafo 76 (CER-1).

<sup>122</sup> Ver LGE, Art. 6 (definición de “Evaluación de impacto ambiental”: “Procedimiento mediante el cual la autoridad competente se pronuncie sobre el impacto ambiental de un proyecto”). (C-17).

<sup>123</sup> RLGE, Art. 27 (C-21).

<sup>124</sup> Ver *supra*, párrafos 8-10.

<sup>125</sup> Ver Ley General de Electricidad de Chile, Art. 211 (C-482); Reglamento de la Ley General de Electricidad de Chile, Art. 314 (C-429).



en el Artículo 75 de la LGE. Por ejemplo, el Memorándum de Venta elaborado por Guatemala para la privatización de EEGSA en 1998, dos años después de aprobada la LGE, dispone lo siguiente: “*La Comisión revisará los estudios y podrá efectuar observaciones, pero en caso de discrepancia se nombrará una Comisión de tres peritos para que resuelva sobre las diferencias.*”<sup>126</sup> En inglés, la oración podría traducirse de la siguiente manera: “*The [CNEE] will review those studies and can make observations, but in the event of discrepancy, a Commission of three experts will be convened to resolve the differences*”<sup>127</sup>. Tomando en consideración que el Memorándum de Venta fue elaborado por Guatemala para la venta de sus acciones en EEGSA, está claro que, en ese momento, el significado que Guatemala atribuyó al verbo “*pronunciarse*” en el Artículo 75 de la LGE fue “*to resolve*” o “*resolver*”.

40. Tal como señalé en mi primera opinión<sup>128</sup>, en un proceso judicial ajeno a esta cuestión, en 2003, la CNEE también ratificó la función de la Comisión Pericial como órgano de resolución de controversias, en los siguientes términos: “[d]e existir discrepancia, según [A]rtículo 98 del [RLGE] y 75 de la [LGE], debe formarse una Comisión Pericial, que resolverá [las discrepancias] en un plazo de 60 días...”<sup>129</sup>. Por consiguiente, la CNEE reconoció expresamente en sus propios escritos ante los tribunales de Guatemala que el rol de la Comisión Pericial es el de *resolver* las discrepancias. Asimismo, en un informe elaborado a solicitud de la CNEE en 2002 respecto de los Términos de Referencia para el proceso de revisión tarifaria de EEGSA de 2003-2008, el consultor de la CNEE señaló que, de conformidad con la LGE, la CNEE “revisa los estudios efectuados por los distribuidores y formula observaciones” y que: “[e]n caso de discrepancias, la Ley prevé un arbitraje a cargo de una Comisión pericial y no de negociadores, puesto que el espíritu de la Ley consiste en que se pronuncien basándose en razones y en criterios técnicos y, de manera alguna, en criterios subjetivos, acuerdos o simples

---

<sup>126</sup> Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., Memorándum de Venta elaborado por Salomon Smith Barney de mayo de 1998, p. 63 (C-29) (énfasis añadido).

<sup>127</sup> *Íd.* p. 49 (énfasis añadido).

<sup>128</sup> Ver Alegría I, párrafo 31 (CER-1).

<sup>129</sup> Respuesta de la CNEE al Recurso Constitucional 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003, p. 6 (énfasis añadido) (C-81); ver también *íd.* p. 7 (“*De existir discrepancia, según artículo 98 del Reglamento de la Ley y 75 de la Ley, debe formarse una Comisión Pericial, que resolverá en un plazo de 60 días . . .*”).

negociaciones”<sup>130</sup>. De igual modo, en un Informe de Soporte del 27 de mayo de 2008 elaborado por la consultora de la CNEE, Sigla-Electrotek, para asistir al miembro de la Comisión Pericial nombrado por la CNEE, la consultora de la CNEE señala que: “[e]l 5 de mayo de 2008 EEGSA presentó el Informe de Etapa I.2, versión Final del anterior, con correcciones, que dio origen a la Resolución CNEE 96-2008, en la que se detallan las discrepancias de la CNEE con dicho informe y se ordena la formación de la Comisión Pericial a que hace referencia el artículo 75 de la LGE y que tendrá a su cargo dirimir los desacuerdos entre EEGSA y la CNEE”<sup>131</sup>. Estos Informes también ratifican claramente que la finalidad de la Comisión Pericial es la de dirimir o resolver las diferencias entre las partes.

41. En su opinión, el Sr. Aguilar aduce que la resolución de la Comisión Pericial sobre las discrepancias no puede ser vinculante para las partes en virtud de lo establecido en el Artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil, que prevé que los dictámenes de expertos no obligan al juez<sup>132</sup>, y el Artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que establece que los dictámenes de los órganos de asesoría técnica o legal no pueden considerarse resoluciones<sup>133</sup>. Contrariamente a la opinión del Sr. Aguilar, estas disposiciones no resultan aplicables al funcionamiento de la Comisión Pericial regulado por la LGE. En primer lugar, por su naturaleza misma, estos Artículos no resultan relevantes a los fines de la interpretación o aplicación del Artículo 75 de la LGE.

42. El Artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil<sup>134</sup> se aplica específicamente a los procedimientos judiciales sustanciados ante jueces ordinarios en causas

---

<sup>130</sup> Carta de I. Coral Martínez a la CNEE del 31 de agosto de 2002, pp. 1-2 (C-446) (énfasis del documento original).

<sup>131</sup> Informe de Soporte para el Representante de la CNEE ante la Comisión Pericial de Sigla del 27 de mayo de 2008, p. 1 (C-494).

<sup>132</sup> Código Procesal Civil y Mercantil, Art. 170 (“El dictamen de los expertos, aun cuando sea concorde, no obliga al juez, quien debe formar su convicción teniendo presentes todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso”). (C-419).

<sup>133</sup> Ley de lo Contencioso Administrativo, Art. 3 (“Las resoluciones administrativas serán emitidas por autoridad competente, con cita de las normas legales o reglamentarias en que se fundamenta. Es prohibido tomar como resolución los dictámenes que haya emitido un órgano de asesoría técnica o legal”). (C-425); *ver también* Aguilar, párrafos 49-50 (RER-3).

<sup>134</sup> Código Procesal Civil y Mercantil, Art. 170 (C-419).

civiles y comerciales<sup>135</sup>, cuando es el tribunal el que ejerce jurisdicción; no obstante ello, la CNEE no es “juez” y no ejerce jurisdicción, una potestad reservada constitucionalmente al Poder Judicial. Por consiguiente, la prohibición de dicho artículo de que los dictámenes obliguen a los jueces no se aplica a la LGE o al funcionamiento de la Comisión Pericial. El Artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo resulta igualmente inaplicable. Este Artículo dispone únicamente que los dictámenes técnicos o jurídicos no pueden sustituir a la resolución dictada por el ente administrativo relevante ya que, por ley, el acto final de un expediente administrativo debe ser una resolución<sup>136</sup>. El objeto de esta disposición es obligar a las autoridades administrativas a dictar resoluciones para determinados fines, de modo tal que los particulares puedan ejercer los derechos y valerse de todos los recursos que confiere la Ley de lo Contencioso Administrativo<sup>137</sup>. Esto resulta irrelevante a los fines de determinar la función de la Comisión Pericial; la Comisión Pericial no es un órgano administrativo y no tiene facultades para emitir resoluciones administrativas, de modo tal que la prohibición del Artículo 3 contra la emisión de “dictámenes” en lugar de resoluciones no aplica en este caso. Asimismo, dado que, como he demostrado anteriormente, los pronunciamientos de la Comisión pericial son de naturaleza vinculante y no facultativa, el Artículo 3 resulta irrelevante.

43. Asimismo, según lo manifesté anteriormente, el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial en materia de interpretación de la ley establece que “[l]as disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales”<sup>138</sup>. El Artículo 75 de la LGE es una disposición especial de la ley que se refiere al proceso para el cálculo del VAD del distribuidor, en tanto que el Artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil y el Artículo 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo son disposiciones generales que regulan aspectos adjetivos de la ley, la primera de ellas, en relación con los procedimientos judiciales de

---

<sup>135</sup> *Íd.*, Art. 1 Jurisdicción de los jueces ordinarios) La jurisdicción civil y mercantil, salvo disposiciones especiales de la ley, será ejercida por los jueces ordinarios, de conformidad con las normas de este Código.

<sup>136</sup> Ley de lo Contencioso Administrativo, Art. 3 (C-425).

<sup>137</sup> *Íd.*, Art. 3; *ver también* Jorge Mario Castillo González, “Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco,” Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006, p. 674 (C-473); Franklin Azurdia Marroquín, “Ley de lo Contencioso Administrativo Didáctica y Desarrollada,” Editorial Estudiantil Fénix, 2009, pp. 12-13 (C-506).

<sup>138</sup> Ley del Organismo Judicial, Art. 13 (C-6).

naturaleza civil y comercial, y la segunda, en relación con la sustanciación de expedientes administrativos ante las autoridades administrativas. A la luz del objeto de la LGE y el proceso de la Comisión Pericial allí establecido, estas disposiciones de naturaleza general no resultan aplicables al Artículo 75 de la LGE en virtud del Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial.

#### IV. AUMENTO DE LOS PRECIOS DE LA ELECTRICIDAD POS-PRIVATIZACIÓN

44. Luego de la privatización de EEGSA en 1998 y de conformidad con los ajustes trimestrales contemplados en la LGE y el RLGE, las tarifas de electricidad comenzaron a aumentar en 1999 debido a la inflación, la devaluación de la moneda nacional y el incremento del precio del petróleo<sup>139</sup>. En una reunión convocada por el entonces Vicepresidente de Guatemala, Luis Flores, y el futuro Presidente de la CNEE, José Toledo, se solicitó informalmente a las generadoras de electricidad un descuento en el suministro de electricidad a EEGSA, ya que el Gobierno quería evitar cualquier futuro aumento de tarifas antes de las elecciones programadas para 1999. Las generadoras no otorgaron el descuento solicitado, y el Gobierno resolvió el problema mediante un subsidio directo a INDE, que en ese momento era uno de los proveedores de energía más grande de EEGSA, Deorsa y Deocsa. A pedido del Gobierno, INDE comenzó a aplicar un descuento del precio de electricidad, que se trasladó a los clientes regulados de EEGSA por medio de la tarifa, por la suma de 110.750.000,00 quetzales en 1999 y 369.650.000,00 quetzales en 2000. Luego, este beneficio fue reemplazado por la Tarifa Social implementada por el Gobierno en 2001<sup>140</sup>. Tras negociaciones desarrolladas bajo la supervisión de la CNEE en 2000 y 2001, las generadoras finalmente accedieron a reducir el precio de la electricidad a cambio de una prórroga de cinco años de sus PPA existentes<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Ver Carla Pantanali & Juan Benavides, Banco Interamericano de Desarrollo, *Subsidios Eléctricos en América Latina y El Caribe: Análisis Comparativo y Recomendaciones de Política*, p. 14 (2006) (C-474).

<sup>140</sup> Ver Jorge Salvador Samayoa Mencos, *Efectos Económicos De La Tarifa Social al Consumo de Energía Eléctrica en el Instituto Nacional de Electrificación (INDE) y en el Mercado Eléctrico Nacional, Durante el Período 2001-2004*, Tesis de Graduación, Escuela de Economía, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos, pp. 29-30, Cuadro 7 (2007) (C-476).

<sup>141</sup> Ver Resolución CNEE N.º 71-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-438); Resolución CNEE N.º 72-2001 del 24 de agosto de 2001 (C-437); Resolución CNEE N.º 47-2001 del 30 de mayo de 2001 (C-433); Resolución CNEE N.º 56-2001 del 2 de julio de 2001 (C-434); Resolución CNEE N.º 66-2001 del 6 de agosto de 2001 (C-435); Resolución CNEE N.º 78-2001 del 19 de septiembre de 2001 (C-439).

## V. REVISIÓN TARIFARIA DE EEGSA PARA EL PERÍODO 2008-2013

### A. Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007

45. El sistema jurídico guatemalteco es un sistema de derecho civil basado en leyes positivas o escritas. En un sistema de tales características, es primordial comprender la jerarquía de los diferentes tipos de disposiciones legales. En este sentido, el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial establece en términos claros la jerarquía de las normas jurídicas en Guatemala: “Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.”<sup>142</sup> Como señalé en mi primera opinión,<sup>143</sup> conforme lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, todo reglamento que contradiga una ley, o no esté autorizado por una ley, es inválido.<sup>144</sup>

46. Como también expliqué en mi primera opinión,<sup>145</sup> considero que el Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 del 2 de marzo de 2007,<sup>146</sup> en virtud del cual se modificó el Artículo 98 del RLGE, es inconstitucional, puesto que contradice la LGE. La modificación del Artículo 98 del RLGE efectuada en el año 2007 introdujo por primera vez la posibilidad de que la CNEE, en determinadas y contadas circunstancias, emitiera los pliegos tarifarios de un distribuidor en función de un estudio del VAD que no hubiera sido elaborado por el consultor precalificado por la CNEE y seleccionado por el distribuidor (una posibilidad que no contemplan ni la LGE ni el

---

<sup>142</sup> Ley del Organismo Judicial, Art. 9 (C-6).

<sup>143</sup> Alegría I, párrafo 20 (CER-1).

<sup>144</sup> Ley del Organismo Judicial, Art. 9 (C-6).

<sup>145</sup> Alegría I, párrafos 35-40 (CER-1).

<sup>146</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 del 2 de marzo de 2007 (C-104). Puesto que la legalidad del Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 no ha sido impugnada ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dicho Acuerdo continúa formando parte del derecho positivo o escrito de Guatemala. La Corte de Constitucionalidad no evalúa la constitucionalidad de las leyes y reglamentaciones guatemaltecas de oficio. No obstante, considero que la modificación de 2007 del Artículo 98 del RLGE es inconstitucional, toda vez que contradice a la LGE. Ver Alegría I, párrafos 35-40 (CER-1).

Artículo 98 original del RLGE).<sup>147</sup> Como ya mencioné, el Artículo 74 de la LGE es muy claro al prever que “[c]ada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la [CNEE].”<sup>148</sup> Ninguna disposición de la LGE permite a la CNEE basarse en su propio estudio independiente del VAD ni la faculta a fijar las tarifas del distribuidor sobre la base de un estudio distinto al desarrollado por el consultor precalificado del distribuidor.

47. Según lo manifesté en mi primera opinión y en la presente, la modificación de 2007 del Artículo 98 del RLGE se aplica en dos situaciones: (i) cuando el distribuidor omite presentar un estudio del VAD o (ii) en caso de que, luego de presentar su estudio del VAD y de que la CNEE haya formulado observaciones al respecto, el distribuidor omita responder a dichas observaciones, ya sea corrigiendo su estudio del VAD en función de ellas o expresando por escrito su desacuerdo con las observaciones.<sup>149</sup> Esta modificación, por ende, se aplica en los casos en los que el distribuidor se desentiende del proceso de revisión tarifaria previsto en la LGE y el RLGE. Con anterioridad a la referida modificación, si el distribuidor no presentaba su estudio del VAD u omitía responder a las observaciones de la CNEE, se continuaban aplicando las tarifas existentes, sin ningún tipo de ajuste. Como señalé anteriormente, el Artículo 98 del RLGE, modificado por el Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 de 2003, disponía lo siguiente: “Mientras el distribuidor no envíe los estudios tarifarios o no efectúe las correcciones a los mismos, según lo estipulado en los párrafos anteriores, no podrá modificar sus tarifas y continuará aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de dichas tarifas.”<sup>150</sup> Como indiqué en mi primera opinión,<sup>151</sup> si el distribuidor se negaba a presentar un estudio del VAD o a responder a las observaciones de la CNEE, ésta podía multarlo por

---

<sup>147</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (por el que se modifica el Art. 98 del RLGE) (C-104).

<sup>148</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>149</sup> Alegría I, párrafo 37 (CER-1); *supra* párrafo 35.

<sup>150</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, vigente a partir del 16 de enero de 2004, Art. 1 (por el que se modifica el Art. 98 del RLGE) (C-82).

<sup>151</sup> Alegría I, párrafo 38 (CER-1).

incumplimiento de sus obligaciones asumidas conforme a la LGE; el Artículo 80 de la LGE permite la imposición diaria de dichas multas al distribuidor.<sup>152</sup>

48. En su opinión, el experto Aguilar afirma que la reforma del Artículo 98 del RLGE en 2007 “en nada alteraron el espíritu y las disposiciones especiales contenidas en la LGE en cuanto a la independencia y las funciones asignadas a la CNEE, en general, y, en particular, a la facultad de fijar las tarifas para el sector regulado de Distribución de Energía Eléctrica”<sup>153</sup> y que ella no “disminuyó, incrementó, tergiversó o contradujo alguna de las disposiciones contenidas en la LGE [...] con relación a las facultades de la CNEE para la fijación de las tarifas por la prestación del servicio de distribución de electricidad.”<sup>154</sup> Ello es incorrecto. Como lo expuse en esta opinión, la facultad general que la LGE confería a la CNEE para la fijación de las tarifas de distribución no se extendía al cálculo del VAD del distribuidor, cuyos componentes son calculados por este último mediante un estudio encargado a un consultor precalificado por la CNEE de conformidad con el Artículo 74 de la LGE.<sup>155</sup> Al conceder a la CNEE la atribución de calcular, en determinadas circunstancias, los componentes del VAD del distribuidor por medio de su propio estudio independiente del VAD, la modificación de 2007 del Artículo 98 del RLGE trastocó sustancialmente el espíritu y la letra de la LGE. Como lo expresé en mi primera opinión, si la intención del Gobierno era autorizar a la CNEE a basarse en su propio estudio del VAD independiente a la hora de fijar las tarifas del distribuidor, es decir, otorgarle a la CNEE una facultad que la LGE no le confiere, debería haber procurado la reforma de la LGE por conducto del Congreso, en lugar de enmendar el RLGE por medio de un Acuerdo Gubernativo emanado del Poder Ejecutivo..<sup>156</sup>

49. Guatemala y su experto en derecho, el Sr. Aguilar, alegan además que el Artículo 98 del RLGE se modificó en 2007 “a fin de hacer coherente el Artículo 98 con el Artículo 99 [del RLGE]” y que el Artículo 99 del RLGE, modificado por el Acuerdo Gubernativo N.º 787-

---

<sup>152</sup> LGE, Art. 80 (C-17).

<sup>153</sup> Aguilar, párrafo 10 (RER-3).

<sup>154</sup> *Íd.*, párrafo 38.

<sup>155</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>156</sup> Alegría I, párrafo 39 (CER-1).

2003 en 2003, “disponía que la CNEE debía ‘emitir y poner en vigencia’ en forma inmediata un pliego tarifario en caso de que el distribuidor no contara con uno.”<sup>157</sup> Estas alegaciones son erróneas. Como ya lo mencioné, el Artículo 98 del RLGE se enmendó con el propósito de introducir la posibilidad de que, en circunstancias limitadas, la CNEE emitiera los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor en función de su propio estudio independiente del VAD, posibilidad que el modificado Artículo 99 del RLGE no contempla.<sup>158</sup> Como indiqué, el modificado Artículo 99 del RLGE prevé que la CNEE podrá emitir e implementar de inmediato un pliego tarifario cuando el pliego existente del distribuidor haya sido suspendido o invalidado por orden judicial, de modo que el distribuidor no cuente con ningún pliego tarifario aplicable; dicho Artículo modificado no otorga a la CNEE el poder de fundarse en su propio estudio independiente del VAD a los efectos de emitir un nuevo pliego tarifario para el distribuidor en los términos del Artículo 76 de la LGE.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Memorial de Contestación, párrafos 277-278; *ver también* Aguilar, párrafo 40 (“La reforma del Reglamento en el 2007 hizo coherente el artículo 98 con el artículo 99 modificado en el 2003.”) (**RER-3**).

<sup>158</sup> *Ver* Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, vigente a partir del 16 de enero de 2004, Art. 2 (por el que se modifica el Art. 99 del RLGE) (“una vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la [CNEE] procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo y deberá, en el momento que así lo resuelva, publicarlas en el Diario de Centroamérica, en un plazo que nunca podrá exceder de nueve meses contados a partir de la fecha de vencimiento de la vigencia de los cinco años del pliego tarifario anterior. En caso que la [CNEE] no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste. En ningún caso la actividad de Distribución Final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente. Dada la circunstancia en la que una Distribuidora no cuente con un pliego tarifario, corresponde a la [CNEE] emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata de forma que se cumpla el principio ya anunciado”). (**C-82**).

<sup>159</sup> Conjuntamente, los modificados Artículos 98 y 99 del RLGE disponen lo siguiente: (i) en caso de que la CNEE publique los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor, y estos posteriormente sean suspendidos o invalidados por una orden judicial, la CNEE podrá emitir e implementar pliegos tarifarios de inmediato, conforme al Artículo 99 del RLGE, de modo que el distribuidor pueda continuar operando; (ii) en el supuesto de que el distribuidor intervenga en el proceso de revisión tarifaria pero la CNEE omita publicar sus nuevos pliegos tarifarios, se continuarán aplicando los pliegos tarifarios anteriores del distribuidor, con los debidos ajustes, de conformidad con el modificado Artículo 99 del RLGE y el Artículo 78 de la LGE y (iii) cuando el distribuidor no se comprometa con el proceso de revisión tarifaria, rehusándose a presentar un estudio del VAD o a responder a las observaciones de la CNEE, ésta podrá emitir los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor sobre la base de su propio estudio independiente del VAD o de sus correcciones al estudio del distribuidor en los términos del modificado Artículo 98 del RLGE. *Ver* LGE, Art. 78 (**C-17**); Acuerdo Gubernativo N.º 787-2003 del 5 de diciembre de 2003, vigente a partir del 16 de enero de 2004, Art. 2 (por el que se modifica el Artículo 99 del RLGE) (**C-82**); Acuerdo Gubernativo N.º 68-2007 del 2 de marzo de 2007, Art. 21 (por el que se modifica el Art. 98 del RLGE) (**C-104**).



50. En su opinión, el Sr. Aguilar también afirma que la modificación de 2007 del Artículo 98 del RLGE cumplió con los Artículos 60, 61 y 76 de la LGE en lo que respecta a la eficiencia económica<sup>160</sup> y que dichas disposiciones incluso exigían la reforma efectuada en razón de que “después de dicho plazo [de validez de las tarifas] existen más probabilidades que la tarifa antes fijada ya no guarde congruencia con la realidad y por lo mismo que la tarifa ya no refleje en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica, lo cual afecta la eficiencia económica del sector.”<sup>161</sup> Así, según el Sr. Aguilar, la reforma de 2007 del Artículo 98 del RLGE “tuvo por objeto evitar que el Distribuidor pudiera manipular, determinar o limitar las atribuciones de la CNEE al omitir enviar los estudios o correcciones a los estudios tarifarios para producir, en su beneficio, el efecto de continuar aplicando las tarifas vigentes al momento de terminación del período de vigencia de tales tarifas.”<sup>162</sup> No obstante, la suposición del Sr. Aguilar de que, luego de un período tarifario quinquenal, “existen más probabilidades que la tarifa antes fijada ya no guarde congruencia con la realidad” es lisa y llanamente errada. Conforme al Artículo 79 del RLGE, las Tarifas Base se ajustan periódicamente durante el período tarifario quinquenal a fin de reflejar los costos actuales y reales de la distribución eléctrica.<sup>163</sup> De manera similar, de conformidad con el Artículo 92 del RLGE, los costos del VAD se ajustan anualmente mediante un factor de reducción previamente aprobado por la CNEE<sup>164</sup>, de modo tal que no es necesariamente cierto que, al final del período tarifario de cinco años, la tarifa “ya no refleje en forma estricta el costo económico de adquirir y distribuir la energía eléctrica”, como afirma el Sr. Aguilar.

---

<sup>160</sup> LGE, Arts. 60, 61, 76 (C-17).

<sup>161</sup> Aguilar, párrafo 38 (RER-3).

<sup>162</sup> *Íd.*

<sup>163</sup> RLGE, Art. 79 (“Las Tarifas Base serán ajustadas periódicamente mediante la aplicación de fórmulas que reflejen la variación de los costos de distribución. La Comisión determinará el período de ajuste. Los componentes asociados al costo de compra de energía y potencia se corregirán precedentemente, de acuerdo a lo establecido en los artículos 86, 87 y 88 de este Reglamento.”) (C-21).

<sup>164</sup> *Íd.*, Art. 92 (“Las fórmulas de ajuste de las componentes de costo del VAD se ajustarán con fórmulas representativas de las estructura de costos calculadas en conjunto con las tarifas base, de acuerdo a los estudios previstos en el artículo 97 del presente Reglamento. Se considerará además un factor de reducción anual que tome en cuenta el efecto de economías de escala y mejora de eficiencia, que se aplicará anualmente. Estos estudios deberán ser aprobados por la Comisión.”).

51. Asimismo, según lo mencionado en mi primera opinión y en este informe, si el distribuidor se rehúsa a presentar el estudio del VAD o a responder a las observaciones de la CNEE, ésta no se queda sin ningún recurso.<sup>165</sup> El Artículo 80 de la LGE confiere a la CNEE la facultad de multar al distribuidor por su incumplimiento de las disposiciones de la LGE y, luego de la recepción de una orden de incumplimiento de parte de la CNEE, es posible aplicar multas en forma diaria.<sup>166</sup> De acuerdo con el Artículo 115 del RLGE, dichas multas se calculan en función de la componente de energía de la tarifa aplicable a un kilovatio-hora para consumidores residenciales de la Ciudad de Guatemala, correspondiente al primer día del mes en que se aplica la multa.<sup>167</sup> Con arreglo al Artículo 116 del RLGE, el rango de las multas a los distribuidores oscila entre 10.000 y un millón de kilovatios-hora.<sup>168</sup> De este modo, si el distribuidor se niega a entregar su estudio del VAD dentro del plazo establecido, la multa por el incumplimiento de sus obligaciones previstas en la LGE podría llegar a equivaler a la componente de energía de la tarifa aplicable a un millón de kilovatios-hora. En las Tarifas Base estipuladas por la CNEE en la Resolución N.º CNEE-146-2008, la componente de energía de un kilovatio-hora es de 0,9794 quetzales:<sup>169</sup> multiplicada por un millón daría como resultado una multa de 979.400 quetzales, suma que, a la tasa de cambio actual de 7,80 quetzales por dólar estadounidense, ascendería a aproximadamente US\$ 125.000,00. Según lo dispuesto en el Artículo 115 del RLGE, cada día de incumplimiento se considera una nueva infracción;<sup>170</sup> por lo tanto, el distribuidor podría ser multado por la suma de US\$ 125.000,00 por cada día en que se niegue a presentar su estudio del VAD o a responder a las observaciones de la CNEE sobre dicho estudio. Como manifesté en mi primera opinión, ello constituye un gran incentivo para que el distribuidor prepare un estudio del VAD y responda a las observaciones de la CNEE, como lo exigen la LGE y el RLGE.<sup>171</sup>

---

<sup>165</sup> Alegría I, párrafo 38 (CER-1).

<sup>166</sup> LGE, Art. 80 (C-17).

<sup>167</sup> RLGE, Art. 115 (C-21).

<sup>168</sup> *Íd.*, Art. 116.

<sup>169</sup> Resolución N.º CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008, p. 11 (C-274).

<sup>170</sup> RLGE, Art. 115 (C-21).

<sup>171</sup> Alegría I, párrafo 38 (CER-1).

52. En su Memorial de Contestación, Guatemala aduce que dichas multas no remediarían el daño ocasionado al sistema regulatorio por la falta de compromiso del distribuidor con el proceso de revisión tarifaria, daño que comprende “tarifas ineficientes” y un “perjuicio para los consumidores.”<sup>172</sup> Guatemala sostiene también que “dada la magnitud de los montos involucrados en una revisión de tarifas, es claro que las multas no resultan un mecanismo adecuado para generar desincentivos en la conducta del distribuidor.”<sup>173</sup> Sin embargo, como se demostró anteriormente, las multas a las que el distribuidor está sujeto en los términos del Artículo 80 de la LGE y los Artículos 115 y 116 del RLGE son considerables y ciertamente crean desincentivos adecuados para el distribuidor. De hecho, como comenté en mi primera opinión, no tengo conocimiento de ninguna instancia en la que un distribuidor en Guatemala haya omitido presentar su estudio del VAD o se haya negado a responder a las observaciones de la CNEE en el transcurso de una revisión tarifaria.<sup>174</sup> Y a pesar de que en su Memorial de Contestación Guatemala alega que “las empresas municipales a menudo deciden no presentar sus estudios tarifarios,”<sup>175</sup> no ha dado ningún ejemplo concreto de distribuidores que operen en Guatemala que hayan decidido no entregar sus estudios del VAD conforme lo regulado en los Artículos 74 y 75 de la LGE. De cualquier manera, incluso si ese fuera el caso, la modificación que lógicamente debería haberse efectuado no debería haber involucrado al Artículo 98 del RLGE, sino a los artículos de dicho RLGE referidos a incumplimientos y sanciones, de modo que las multas fueran proporcionales al perjuicio ocasionado por el incumplimiento del distribuidor. En lugar de ello, el MEM decidió legislar mediante una reforma del Artículo 98 del RLGE, confiriéndole a la CNEE poderes que la LGE nunca pretendió otorgarle con respecto al cálculo de las componentes del VAD del distribuidor, y autorizándola así a determinar el VAD de manera unilateral, cosa que la LGE no permite.

53. Por otra parte, si un distribuidor se rehúsa a cumplir sus obligaciones asumidas en virtud de la LGE y el RLGE, Guatemala puede rescindir su contrato de autorización. El Artículo

---

<sup>172</sup> Memorial de Contestación, párrafo 279.

<sup>173</sup> *Íd.*

<sup>174</sup> Alegría I, párrafo 38 (CER-1).

<sup>175</sup> Memorial de Contestación, párrafo 266, nota al pie 329.

17(A)(v) del Contrato de Autorización suscripto por EEGSA y el Gobierno de Guatemala prevé que la inobservancia de cualquier término o condición material del contrato, la LGE o el RLGE se considerará un incumplimiento del distribuidor.<sup>176</sup> El Artículo 18 del Contrato dispone además que de no remediarse el incumplimiento, el Contrato podrá darse por terminado, sin perjuicio de los demás recursos otorgados por el contrato y la legislación aplicable<sup>177</sup>, mientras que su Artículo 19 establece que la terminación del Contrato dará lugar a la revocación de la autorización al distribuidor.<sup>178</sup> En efecto, el Gobierno de Guatemala no precisaba modificar el Artículo 98 del RLGE a fin de instar al distribuidor a cumplir sus obligaciones de presentar el estudio del VAD o responder a las observaciones de la CNEE. El mecanismo más efectivo, al margen de las multas aplicables, ya se encontraba regulado en el Contrato de Autorización de EEGSA.

54. En su Memorial de Contestación, Guatemala argumenta que el Artículo 98 del RLGE “también fue modificado para obligar a la CNEE a contratar su propio experto precalificado a fin de que efectuara un estudio tarifario independiente”, por lo que el modificado Artículo 98 del RLGE impone “a la CNEE la obligación de contratar su propio estudio y no dejarlo a opción de los directores de la entidad.”<sup>179</sup> Esta afirmación es incorrecta. El Artículo reformado de ningún modo compele a la CNEE a “contratar su propio experto precalificado a fin de que efect[úe] un estudio tarifario independiente”, como alega Guatemala. El Artículo 98 del RLGE modificado solamente prevé que, “[e]n caso de omisión por parte del Distribuidor de enviar los estudios o correcciones a los mismos, la Comisión quedará facultada para emitir y publicar el pliego tarifario correspondiente, con base en el estudio tarifario que la Comisión efectúe independientemente o realizando las correcciones a los estudios iniciados por la distribuidora.”<sup>180</sup> Me permito aclarar que, en contraposición con el Artículo 74 de la LGE, que

---

<sup>176</sup> Contrato de Autorización entre el Ministerio de Energía y Minas y Empresa Eléctrica de Guatemala S.A. del 15 de mayo de 1998, Art. 17(A)(v) (C-31).

<sup>177</sup> *Íd.*, Art. 18.

<sup>178</sup> *Íd.*, Art. 19.

<sup>179</sup> Memorial de Contestación, párrafo 280.

<sup>180</sup> RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

exige al distribuidor que contrate un consultor precalificado por la CNEE,<sup>181</sup> la modificación del Artículo 98 del RLGE no impone a la CNEE la obligación de contratar a un consultor precalificado para que lleve a cabo su estudio independiente del VAD, ya que la CNEE puede escoger como alternativa utilizar el estudio del distribuidor y corregirlo.

## **B. Los Términos de Referencia**

55. Como expliqué en mi primera opinión, los Términos de Referencia (“TdR”) dictados por la CNEE para la revisión tarifaria de EEGSA del período 2008-2013, conforme lo previsto en el Artículo 74 de la LGE, eran, a mi modo de ver, contrarios a la LGE.<sup>182</sup> Dichos TdR concedían amplia discreción a la CNEE para declarar “no recibido” el estudio del VAD de EEGSA, con lo cual se arrogaba la facultad de eludir el proceso de la Comisión Pericial contemplado en el Artículo 75 de la LGE y emitir las nuevas tarifas de EEGSA sobre la base de su propio estudio independiente del VAD, en virtud del modificado Artículo 98 del RLGE.<sup>183</sup> En su Memorial de Contestación, Guatemala refiere que los TdR de 2002 emitidos por la CNEE para la revisión tarifaria de EEGSA para el período 2003-2008 otorgaban “igual o mayores facultades de control a la CNEE sobre el estudio tarifario de EEGSA” y que “inclusive [se] utiliza[ba] el mismo lenguaje para dichos Términos” que en los TdR de 2007.<sup>184</sup> Si bien algunas disposiciones de los TdR de 2002 y 2007 son similares<sup>185</sup>, los TdR de 2007 deben leerse a la luz del reformado Artículo 98 del RLGE, que entró en vigencia poco antes de que la CNEE dictara dichos TdR de 2007.

56. Como ya señalé, conforme al Artículo 98 original del RLGE (que se aplicaba a los TdR de 2002), si EEGSA omitía presentar su estudio del VAD, o si dicho estudio era declarado “no recibido” por la CNEE en los términos de los TdR de 2002, se continuarían

---

<sup>181</sup> LGE, Art. 74 (C-17).

<sup>182</sup> Alegria I, párrafos 41-44 (CER-1).

<sup>183</sup> *Íd.*

<sup>184</sup> Memorial de Contestación, párrafo 301.

<sup>185</sup> *Ver* Resolución N.º CNEE-88-2002 del 23 de octubre de 2002 (C-59); Nota N.º CNEE-13680-2007 de la CNEE a EEGSA, a la que se acompañan los Términos de Referencia de la CNEE del 30 de abril de 2007 (C-106).

aplicando los pliegos tarifarios previos de EEGSA, sin ajustes.<sup>186</sup> En cambio, de conformidad con el modificado Artículo 98 del RLGE (aplicable a los TdR de 2007), si la CNEE consideraba “no recibido” al estudio del VAD de EEGSA y suspendía la revisión tarifaria, tenía la facultad, en virtud de dicho nuevo Artículo, de basarse en su propio estudio independiente del VAD para fijar las nuevas tarifas de EEGSA.<sup>187</sup> De este modo, como sostuve en mi primera opinión, la CNEE sería juez y parte en el proceso de revisión tarifaria, y tendría el poder de rechazar unilateralmente el estudio del VAD del distribuidor por cualquier supuesta deficiencia.<sup>188</sup> Sin embargo, de acuerdo con la LGE, la CNEE no tiene esa potestad. Si bien la CNEE puede disentir del estudio del VAD del distribuidor y hacer comentarios al respecto, no está facultada a imponer su parecer al distribuidor, quien, en realidad, tiene derecho a discrepar con los comentarios de la CNEE, en cuyo caso los desacuerdos suscitados serán resueltos por una Comisión Pericial, según lo establecido en el Artículo 75 de la LGE.<sup>189</sup>

57. En consecuencia, si bien los TdR de 2002 y 2007 guardan similitudes en muchos sentidos, el efecto de sus disposiciones sobre el proceso de revisión tarifaria era esencialmente distinto a la luz del modificado Artículo 98 del RLGE. Si EEGSA hubiera aceptado los TdR de 2007 según la redacción original de la CNEE, se habría visto indefensa ante una posible decisión de la CNEE de declarar “no recibido” a su estudio del VAD al amparo de los TdR. Al acceder a eliminar tales disposiciones de los TdR de 2007, la CNEE aparentemente reconoció que no tenía autoridad para intervenir en el desarrollo del estudio del VAD de EEGSA, ni para declararlo “no recibido” por estar en desacuerdo con él. Ello es congruente con las atribuciones de la CNEE establecidas en los Artículos 74 y 75 de la LGE, que se circunscriben a efectuar comentarios sobre el estudio del VAD finalizado.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Ver RLGE, Art. 98 (C-21).

<sup>187</sup> Nota N.º CNEE-13680-2007 de la CNEE a EEGSA, a la que se acompañan los Términos de Referencia de la CNEE del 30 de abril de 2007, Arts. 1.7.4, 1.9 (C-106); RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

<sup>188</sup> Alegría I, párrafo 42 (CER-1).

<sup>189</sup> Ver LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>190</sup> Ver *íd.*, Arts. 74-75.

58. Cabe resaltar además que, contrariamente a lo alegado por Guatemala y su experto en derecho, el Sr. Aguilar, el procedimiento previsto en los TdR de 2002 confirma que el distribuidor puede oponerse a las observaciones de la CNEE y que es la Comisión Pericial quien tiene la última palabra sobre las discrepancias que se susciten entre las partes, conforme lo dispuesto por el Artículo 75 de la LGE. Según lo estipulado en el Artículo A.6.4 de los TdR de 2002, el consultor de EEGSA debía incorporar todas las observaciones de la CNEE a su estudio del VAD;<sup>191</sup> sin perjuicio de ello, el Artículo A.6.5 aclara que EEGSA tenía derecho a objetar las observaciones de la CNEE y anticipa que “[c]uando los resultados intermedios reelaborados por la CONSULTORA sean rechazados por la DISTRIBUIDORA con un debido fundamento, se dejará constancia clara, concreta y expresa de los montos o valores de los resultados intermedios donde exista discrepancia o desacuerdo.”<sup>192</sup> Asimismo, el Artículo A.6.5 dispone que “[e]s sobre estas diferencias intermedias. . . sobre las que se pronunciará la Comisión Pericial a que se refiere el [Artículo] 75 de la Ley, en el caso eventual de que, al final del proceso de revisión tarifaria, subsistiesen diferencias entre la CNEE y la DISTRIBUIDORA que tuviesen que ser conciliadas por parte de la Comisión Pericial anteriormente mencionada.”<sup>193</sup> Por lo tanto, a pesar de que el consultor de EEGSA debía incorporar las observaciones de la CNEE a su estudio del VAD, los TdR de 2002 indican que EEGSA podía objetar dichas observaciones y que, de persistir las desavenencias entre las partes, se constituiría una Comisión Pericial para “conciliar[]” sus posturas discrepantes.

59. La Resolución N.º CNEE-124-2007, por la cual se modificaron los TdR de 2007, introdujo un nuevo Artículo 1.10 y confirmó que los “TdR muestran los lineamientos a seguir en la realización del Estudio y para cada una de sus Etapas y/o estudios descritos y definidos” y que “[d]e existir variaciones de las metodologías presentadas en los Informes del Estudio, las mismas deben estar plenamente justificadas, la CNEE realizará las observaciones que considere

---

<sup>191</sup> Resolución N.º CNEE-88-2002 del 23 de octubre de 2002, Art. A.6.4 (C-59).

<sup>192</sup> *Íd.*, Art. A.6.5.

<sup>193</sup> *Íd.*

necesarias a las variaciones, verificando su consistencia con los lineamientos del Estudio.”<sup>194</sup> Como expuse en mi primera opinión,<sup>195</sup> el Artículo 1.10 ratificó además que “[l]os presentes términos de referencia no constituyen una modificación legal o reglamentaria, por lo que en caso de controversia entre alguna de las disposiciones de los presentes términos de referencia con la Ley o el Reglamento prevalecerán las disposiciones de estos, aplicando en todo caso el principio de jerarquía legal.”<sup>196</sup>

60. En lo que respecta al aludido Artículo 1.10, me consta que Carlos Colóm de la CNEE afirma en su declaración testimonial que, en virtud de dicha disposición, “el consultor podría apartarse de los Términos de Referencia en aspectos puntuales” cuando “existieran razones justificadas para ello, y siempre con la aprobación de la CNEE” y que la CNEE había dejado en claro que el Artículo referido “no implicaba que el consultor tenía ‘carta blanca’ para modificar los Términos de Referencia sin consentimiento de la CNEE.”<sup>197</sup> Esto es incorrecto. Según el Artículo 1.10, la CNEE no tenía la facultad de “aprobar” la desviación de los TdR por parte del consultor, sino que lo que dispone el Artículo 1.10 es que la CNEE puede efectuar observaciones con respecto a si la desviación está justificada en los términos de la LGE y el RLGE.<sup>198</sup> A tenor del Artículo 75 de la LGE, si las partes disienten en torno a la justificación de una desviación, se nombrará una Comisión Pericial a fin de que resuelva la discrepancia.

61. Quisiera señalar que, debido a que la preparación del estudio del VAD requiere de conocimientos técnicos para manejar y combinar muchas variables y así obtener un determinado resultado, es de esperar que distintos expertos manejen esas variables de maneras distintas y obtengan resultados disímiles. Si los lineamientos incluidos en los TdR fueran lineamientos

---

<sup>194</sup> Resolución N.º CNEE-124-2007 del 9 de octubre de 2007, Art. 1.10 (C-127). Como señalé en mi primera opinión, los TdR fueron modificados una vez más el 17 de enero de 2008 por medio de la Resolución N.º CNEE-05-2008, aunque dicha Resolución no modificó el Artículo 1.10. Alegría I, párrafo 50, nota al pie 137 (CER-1); Términos de Referencia del 17 de enero de 2008 (C-417).

<sup>195</sup> Alegría I, párrafo 50 (CER-1).

<sup>196</sup> Resolución N.º CNEE-124-2007 del 9 de octubre de 2007, Art. 1.10 (C-127).

<sup>197</sup> Declaración Testimonial de Carlos Eduardo Colóm Bickford, de fecha 24 de enero de 2012, párrafo 69 (énfasis en el original) (RWS-1).

<sup>198</sup> Términos de Referencia del 17 de enero de 2008 (C-417).



inflexibles e imposibles de modificar por los consultores, el resultado de los estudios del VAD estaría predeterminado por dichos Términos y podría arrojar un VAD reñido con la LGE y el RLGE. Por ende, en caso de que el consultor considere, basándose en su propia experiencia, que los lineamientos establecidos en los TdR no reflejan una metodología compatible con la LGE y el RLGE, o que ella conduce a un resultado inapropiado en los términos de la LGE y el RLGE, es razonable que pueda cambiar de metodología y justificar ese cambio. Sin embargo, el consultor no tiene vía libre para desviarse de los TdR y sólo puede hacerlo cuando ellos contradigan la LGE o el RLGE, según lo aclara el Artículo 1.10 de los TdR.<sup>199</sup>

62. Cabe mencionar además que ninguna disposición de la LGE ni del RLGE exige que los estudios del VAD se adhieran al pie de la letra a los TdR. Los TdR no son instrucciones, sino lineamientos que dan lugar a que los consultores hagan sus propios aportes. En tal sentido, el Artículo 97 del RLGE prescribe que los TdR “se basarán” en los conceptos enunciados en los Artículos 86 a 90 del RLGE de un modo general, y las disposiciones del Artículo 97 del RLGE son descriptivas y no instrucciones detalladas sobre los estudios del VAD.<sup>200</sup>

### **C. El Artículo 98 *bis* del RLGE**

63. Como expliqué en mi primera opinión,<sup>201</sup> el 15 de mayo de 2008, la CNEE dictó la Resolución N.º CNEE-96-2008, por la cual notificó a EEGSA que persistían las discrepancias entre las partes con respecto al estudio del VAD presentado por el consultor precalificado de EEGSA, Bates White, y llamó a la conformación de la Comisión Pericial prevista en el Artículo 75 de la LGE, la cual debería “pronunciarse sobre las discrepancias” identificadas en la antedicha resolución.<sup>202</sup> Poco tiempo después, el Poder Ejecutivo a instancias del MEM emitió el Acuerdo Gubernativo N.º 145-2008 del 19 de mayo de 2008, que modificó el Artículo 98 del RLGE, agregando el Artículo 98 *bis*.<sup>203</sup> Dicho Artículo 98 *bis* dispone que, si las partes no logran

---

<sup>199</sup> *Íd.*

<sup>200</sup> RLGE modificado, Art. 97 (C-105).

<sup>201</sup> Alegría I, párrafo 51 (CER-1).

<sup>202</sup> Resolución N.º CNEE-96-2008 del 15 de mayo de 2008, p. 3 (C-209).

<sup>203</sup> Acuerdo Gubernativo N.º 145-2008 del 19 de mayo de 2008, publicado el 26 de mayo de 2008 (C-212).

ponerse de acuerdo en la designación del tercer miembro de la Comisión Pericial en el término de tres días, será el MEM quien lo seleccione de la lista de candidatos propuestos por las partes.<sup>204</sup> Según expliqué en mi primera opinión, considero que el Artículo 98 *bis* del RLGE contraviene los Artículos 75 y 77 de la LGE y que, por ende, es ilegal.<sup>205</sup>

64. El Artículo 75 de la LGE establece que la CNEE “y las distribuidoras deberán acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes, uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo”<sup>206</sup>, mientras que el Artículo 98 del RLGE prevé que en caso de desacuerdo continuo entre el distribuidor y la CNEE, “se seguirá el procedimiento estipulado en el artículo 75 de la [LGE].”<sup>207</sup> Dicho Artículo 98 dispone además que “[e]l costo de contratación del tercer integrante de la Comisión Pericial será cubierto por la [CNEE] y el Distribuidor por partes iguales.”<sup>208</sup> Tal como lo manifesté en mi primera opinión, la LGE no autoriza ni al MEM ni a ningún otro actor (del Gobierno o del sector privado) a designar al tercer miembro de la Comisión Pericial de forma unilateral.<sup>209</sup> La letra del Artículo 75 de la LGE es inequívoca en este punto: las partes tienen la responsabilidad conjunta de nombrar a la Comisión Pericial, y el tercero de sus miembros debe ser designado “de común acuerdo.”<sup>210</sup> Como ya se mencionó, en virtud del Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, la LGE es jerárquicamente superior al RLGE y, en consecuencia, éste no puede contradecir las disposiciones expresas de la LGE.<sup>211</sup> Además, si bien el Artículo 77 de la LGE anticipa que el RLGE regulará los plazos para

---

<sup>204</sup> *Íd.*, p. 2 (“Si vencido el plazo de tres días para la selección del tercer integrante, no existiere acuerdo entre las partes, la [CNEE] elevará el respectivo expediente al Ministerio para que seleccione en forma definitiva en un plazo máximo de tres días de recibido el expediente, al tercer integrante de la Comisión Pericial, de entre los candidatos propuestos”).

<sup>205</sup> Alegría I, párrafo 54 (CER-1).

<sup>206</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>207</sup> RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

<sup>208</sup> *Íd.*

<sup>209</sup> Alegría I, párrafo 53 (CER-1).

<sup>210</sup> LGE, Art. 75 (C-17).

<sup>211</sup> Ley del Organismo Judicial, Art. 9 (C-6).

la integración de la Comisión Pericial,<sup>212</sup> el Artículo 98 *bis* del RLGE excede ampliamente el alcance del Artículo 77, dado que no sólo especifica las cualidades de los miembros de la Comisión Pericial, sino que también altera sustancialmente el procedimiento para la designación del tercero de ellos.

65. En su opinión, el experto Aguilar pone de manifiesto que el Artículo 98 *bis* suplió un vacío del Reglamento y que “el nombramiento por parte del MEM es una solución lógica dado el papel de asesor de la CNEE que tiene la Comisión Pericial.”<sup>213</sup> Esto es un error. En primer lugar, la LGE no proclama a la Comisión Pericial como “asesor de la CNEE.” Al contrario, de conformidad con el Artículo 75 de la LGE, la Comisión Pericial es designada por la CNEE y el distribuidor con el propósito de resolver las diferencias que persistan entre ellas luego de que la CNEE haya efectuado sus observaciones al estudio del VAD del distribuidor y éste haya respondido a ellas. Vale aclarar que en su Exposición de Motivos orientada a justificar la incorporación al RLGE del Artículo 98 *bis*,<sup>214</sup> el MEM no alude a la Comisión Pericial como “asesor de la CNEE.” Por el contrario, el MEM declara que es menester disponer un procedimiento que, “al momento que surjan las discrepancias entre la Comisión y la Distribuidora y consecuentemente se tenga la necesidad de la formación de la Comisión Pericial a que se refiere el artículo 75 de la Ley General de Electricidad, [...] señale los plazos y procedimiento para la selección y nombramiento del Tercer Integrante que deberá ser nombrado de mutuo acuerdo por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y el Distribuidor que corresponda . . . .”<sup>215</sup> Por su parte, en su Opinión sobre el Acuerdo propuesto la Secretaría General de la Presidencia de la República de Guatemala expone que “el Cuerpo Consultivo [...] considera que es procedente la emisión del Acuerdo Gubernativo citado”, toda vez que el Artículo 75 de la LGE contempla que la CNEE “revisaría los estudios efectuados y que en caso de discrepancias debería acordar el nombramiento de una Comisión Pericial de tres integrantes,

---

<sup>212</sup> LGE, Art. 77 (“El reglamento señalará los plazos para la realización de los estudios, su revisión, formulación de observaciones y formación de la Comisión Pericial.”) (C-17).

<sup>213</sup> Aguilar, párrafo 44 (RER-3).

<sup>214</sup> Exposición de Motivos del Artículo 98 *bis* del RLGE de fecha 25 de marzo de 2008 (C-493).

<sup>215</sup> *Íd.*, p. 1.

uno nombrado por cada parte y el tercero de común acuerdo” y que “no se reguló un procedimiento para que se efectuara el nombramiento ni plazos para cumplir con la integración de la Comisión Pericial.”<sup>216</sup> El Cuerpo Consultivo tampoco se refiere a la Comisión Pericial como “asesor de la CNEE”.

66. En segundo lugar, contrariamente a lo alegado por el Sr. Aguilar, no existe ningún vacío en la LGE; si la CNEE y el distribuidor no lograban un acuerdo sobre el tercer integrante de la Comisión Pericial, la CNEE no podría publicar los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor y simplemente se continuarían aplicando los pliegos anteriores, con los ajustes correspondientes, según lo preceptuado en el Artículo 78 de la LGE y en el modificado Artículo 99 del RLGE.<sup>217</sup> En particular, llegado el caso, la CNEE no podría basarse en su propio estudio independiente del VAD para emitir un nuevo pliego tarifario en los términos del reformado Artículo 98 del RLGE, debido a que el distribuidor ya habría cumplido con su obligación de presentar un estudio del VAD y responder a las observaciones de la CNEE. Por otro lado, al argumento infundado de Guatemala de que su modificación del Artículo 98 del RLGE en el año 2007 estuvo motivada por la omisión de los distribuidores de presentar sus estudios del VAD según lo exigido por la LGE,<sup>218</sup> se suma el hecho de que no existen antecedentes de que el proceso de la Comisión Pericial se haya visto suspendido de manera permanente a raíz de la falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercer miembro de la Comisión. De hecho, la Comisión Pericial conformada para la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013 fue la primera Comisión Pericial constituida en Guatemala en consonancia con el Artículo 75 de la LGE, y el Artículo 98 *bis* del RLGE se adoptó sólo cuatro días después de que la CNEE requiriera su constitución. Por lo tanto, la finalidad de dicho Artículo 98 *bis* no era prever una solución a un problema que alguna vez hubiera surgido. De todos modos, aun cuando realmente hubiera habido un vacío en la LGE, el Gobierno de Guatemala procedió ilegalmente al modificar disposiciones expresas de la LGE mediante la reforma del RLGE. Dicha reforma

---

<sup>216</sup> Opinión N.º 182-2008 de la Secretaría General de la Presidencia de la República de Guatemala de fecha 23 de abril de 2008, p. 18 (C-493).

<sup>217</sup> LGE, Art. 78 (C-17); RLGE modificado, Art. 99 (C-105).

<sup>218</sup> *Ver supra*, párrafo 52.

provocó una alteración fundamental del equilibrio establecido por la LGE entre el regulador y el distribuidor.

#### **D. Las Reglas Operativas de la Comisión Pericial**

67. Según lo expresado anteriormente, el Artículo 75 de la LGE y el nuevo Artículo 98 del RLGE regulan la designación de la Comisión Pericial.<sup>219</sup> Sin embargo, estas disposiciones no establecen reglas detalladas sobre el desarrollo de la labor de la Comisión Pericial. Por ello, en mi opinión, es posible que la CNEE y el distribuidor acuerden reglas operativas que rijan el desempeño de la Comisión Pericial dentro del marco definido por el Artículo 75 de la LGE y el modificado Artículo 98 del RLGE, como las reglas operativas que, según tengo entendido, fueron convenidas por la CNEE y EEGSA e incorporadas al Informe de la Comisión Pericial del 25 de julio de 2008 sobre las discrepancias.<sup>220</sup> A la luz del principio de legalidad dentro del ámbito del derecho administrativo guatemalteco, “[l]a ley es el parámetro de los actos administrativos”<sup>221</sup> y, en consecuencia, los órganos administrativos están autorizados a realizar los actos que les están permitidos por ley. La Constitución de Guatemala ratifica este principio al dictaminar que “los funcionarios [del Gobierno] son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”<sup>222</sup> y que el ejercicio de sus funciones “está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.”<sup>223</sup> Por consiguiente, toda entidad administrativa debe actuar de acuerdo con el objetivo y la función para los cuales fue constituida, y en caso de que dentro de dichas atribuciones se lleven a cabo actos discrecionales, éstos se considerarán legítimos.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> LGE, Art. 75 (C-17); RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

<sup>220</sup> Informe de la Comisión Pericial de fecha 25 de julio de 2008, pp. 11-12 (C-246).

<sup>221</sup> Guido Corso, “El Principio de la Razonabilidad en el Derecho Administrativo”, *Journal of Legal Hermeneutics*, La Razonabilidad y la Interpretación, 2003, p. 1 (C-449).

<sup>222</sup> Constitución Política de Guatemala, modificada por Decreto N.º 18-93, Art. 154 (C-11).

<sup>223</sup> *Íd.*, Art. 152.

<sup>224</sup> Ver, por ejemplo, Brenda Lorena Maldonado Archila, , Guatemala 2008: *La Discrecionalidad Administrativa del Procedimiento de Cese de Actividades de Establecimientos Mercantiles ante la Superintendencia de Administración Tributaria*, Tesis de la Universidad Francisco Marroquín, sección 2.6.1 (2008) (donde se cita a Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 2ª edición

68. En su Memorial de Contestación, Guatemala alega que la CNEE no podría haber consentido a la Regla 12, que prevé que, una vez que la Comisión Pericial haya emitido su decisión sobre las discrepancias, revisará el estudio del VAD corregido por el consultor a fin de verificar que cumpla con las resoluciones de la Comisión Pericial.<sup>225</sup> Desde la perspectiva de Guatemala, “[a]ceptar que la Comisión Pericial revisara el estudio supuestamente corregido por el distribuidor y confirmara si se ajustaba a su pronunciamiento, hubiera significado invertir los roles de la CNEE y la Comisión Pericial” y “[s]olo la CNEE tiene la facultad de resolver sobre la procedencia o improcedencia del estudio tarifario y aprobarlo.”<sup>226</sup> Se trata de una apreciación errada. Como ya mencioné en esta opinión, el modificado Artículo 98 del RLGE estipula que, una vez que el distribuidor haya presentado su estudio del VAD inicial, “la [CNEE] en el plazo de dos meses resolverá sobre la procedencia o improcedencia de los estudios efectuados por los consultores, formulando las observaciones que considere pertinentes.”<sup>227</sup> Por lo tanto, la facultad de la CNEE de aceptar o rechazar el estudio del VAD del distribuidor, de conformidad con el nuevo Artículo 98 del RLGE, opera antes de que se cree la Comisión Pericial y se declare la existencia de discrepancias. El modificado Artículo 98 del RLGE contempla dos escenarios posibles: (i) el distribuidor entrega el estudio del VAD y éste es aceptado por la CNEE, sin observaciones; o (ii) el distribuidor entrega el estudio del VAD y la CNEE lo rechaza, formulando las observaciones que juzgue pertinentes.<sup>228</sup>

69. Si la CNEE rechaza el estudio del VAD y formula observaciones, el Artículo 98 del RLGE, modificado en 2007, contempla otros tres escenarios posibles: (i) el distribuidor acepta todas las observaciones de la CNEE y corrige su estudio del VAD en función de ellas, en cuyo caso, la CNEE publica los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor sobre la base del estudio del VAD corregido por él; (ii) el distribuidor rechaza todas o algunas de las

---

actualizada, Servicios Públicos, Actos de la Administración Pública, Editorial Abeledo Perrot. Argentina, 1975) (C-420).

<sup>225</sup> Ver Correo electrónico de M. Calleja a L. Giacchino del 28 de mayo de 2008, por el que se reenvía el correo electrónico de M. Quijivix a L. Maté y M. Calleja del 28 de mayo de 2008, p. 2 (C-218).

<sup>226</sup> Memorial de Contestación, párrafo 364.

<sup>227</sup> RLGE modificado, Art. 98 (C-105).

<sup>228</sup> *Íd.*

observaciones de la CNEE y formula sus objeciones por escrito; si la CNEE disiente de las objeciones del distribuidor, se declara la existencia de discrepancias y se designa a una Comisión Pericial para que resuelva las diferencias; en este caso, los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor se fijan en función de su estudio del VAD una vez corregido a fin de incorporar las resoluciones adoptadas por la Comisión Pericial; o (iii) el distribuidor omite responder a las observaciones de la CNEE, en cuyo caso, la CNEE puede fijar los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor sobre la base de su propio estudio independiente del VAD o del estudio del VAD del distribuidor, corregido por la CNEE.<sup>229</sup>

70. El modificado Artículo 99 del RLGE prescribe que “[u]na vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la [CNEE] procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo y deberá, en el momento que así lo resuelva, publicarlas en el Diario de Centroamérica, en un plazo que nunca podrá exceder de nueve meses contados a partir de la fecha de vencimiento de la vigencia de los cinco años del pliego tarifario anterior.”<sup>230</sup> Como expliqué anteriormente, las decisiones de la Comisión Pericial sobre las discrepancias son vinculantes para las partes conforme lo dispuesto en los Artículos 75 y 76 de la LGE. Por tal motivo, una vez que el estudio del VAD del distribuidor ha sido corregido con el fin de incorporar las resoluciones de la Comisión Pericial, el alcance de la revisión y la aprobación de dicho estudio por parte de la CNEE debe limitarse a garantizar que el estudio del VAD del distribuidor haya sido corregido de forma apropiada. Es así que la CNEE no tiene discreción ni en virtud de la LGE ni del RLGE para rechazar el estudio del VAD corregido, alegando la incorrección de las decisiones de la Comisión Pericial.

71. Según observé en esta misma opinión, en el caso que nos ocupa, la CNEE y EEGSA acordaron el contenido de la Regla 12, que establece que la Comisión Pericial revisará el estudio del VAD corregido por el consultor y se cerciorará de que cumpla con las decisiones que ella hubiera adoptado.<sup>231</sup> Al contrario de lo afirmado por Guatemala, la Regla 12 no transfiere la

---

<sup>229</sup> *Íd.*

<sup>230</sup> *Íd.*, Art. 99.

<sup>231</sup> *Ver* Correo electrónico de M. Calleja a L. Giacchino del 28 de mayo de 2008, por el que se reenvía el correo electrónico de M. Quijivix a L. Maté y M. Calleja del 28 de mayo de 2008, p. 2 (C-218).

facultad de la CNEE en virtud del nuevo Artículo 99 del RLGE a la Comisión Pericial, puesto que ésta no aprueba el estudio del VAD; en realidad, la Comisión Pericial verifica que el estudio haya sido corregido de manera adecuada a la luz de sus decisiones. Dicha verificación no invierte los roles de la CNEE y la Comisión Pericial; la CNEE conserva su facultad de aprobar el estudio del VAD corregido y emitir los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor con arreglo al Artículo 76 de la LGE y el Artículo 99 modificado del RLGE. Al requerir a una Comisión Pericial independiente que constate que el estudio del consultor incorpora sus decisiones, las partes simplemente buscaron limitar una posible controversia futura entre ellas en torno al estudio del VAD, y es probable que la intención de EEGSA haya sido mitigar el riesgo de que la CNEE actuara arbitrariamente y rechazara el estudio del VAD con el pretexto de que el estudio corregido no incorporaba las modificaciones exigidas por la Comisión Pericial, para lo cual procuró que fuera esta última quien adoptara una determinación al respecto.

#### **E. Las tarifas de EEGSA para el período 2008-2013**

72. Según lo expuesto en mi primera opinión,<sup>232</sup> la Comisión Pericial emitió su Informe sobre las discrepancias el 25 de julio de 2008<sup>233</sup> y, más tarde ese mismo día, la CNEE dictó la Resolución GJ-Providencia-3121, una orden de una página por la que unilateralmente disolvió la Comisión Pericial.<sup>234</sup> Como también referí en mi primera opinión, considero que la disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE de manera unilateral, mediante la Resolución GJ-Providencia-3121, fue ilegal debido a que la Comisión Pericial se constituye por acuerdo de las partes, y ni la CNEE ni el distribuidor tienen autoridad para disolverla unilateralmente.<sup>235</sup>

73. En su opinión, el Sr. Aguilar aduce que la Comisión Pericial no “es un órgano permanente” y que se disuelve automáticamente luego de emitir su informe sobre las

---

<sup>232</sup> Alegría I, párrafo 59 (CER-1).

<sup>233</sup> Informe de la Comisión Pericial de fecha 25 de julio de 2008 (C-246).

<sup>234</sup> GJ-Providencia-3121 de la CNEE del 25 de julio de 2008, recibida por EEGSA el 28 de julio de 2008 (C-247).

<sup>235</sup> Alegría I, párrafo 60 (CER-1).



discrepancias.<sup>236</sup> El Sr. Aguilar alega además que, en virtud del Artículo 75 de la LGE y del modificado Artículo 98 del RLGE, la Comisión Pericial “no puede durar más de sesenta días, contados desde su conformación.”<sup>237</sup> Sus alegaciones son erróneas. Si bien es cierto que la Comisión Pericial no es un órgano permanente, ni la LGE ni el RLGE contemplan su disolución automática tras el dictado de su decisión sobre las discrepancias. De hecho, si ello fuera así, la CNEE no debería haber tenido que disolverla emitiendo la Resolución GJ-Providencia-3121 del 25 de julio de 2008.<sup>238</sup> La LGE tampoco dispone que la Comisión Pericial “no puede durar más de sesenta días, contados desde su conformación”, como sugiere el Sr. Aguilar. La única limitación fijada por el Artículo 75 de la LGE señala que la Comisión Pericial “se pronunciará sobre las discrepancias en un plazo de 60 días contados desde su conformación.”<sup>239</sup> Luego de pronunciarse sobre las discrepancias, la Comisión podría, por ejemplo, responder a preguntas de las partes o revisar el estudio del VAD corregido por el distribuidor, con el propósito de verificar que su decisión haya sido íntegramente incorporada, conforme lo previsto en la Regla 12 convenida en este caso.

74. Como indiqué en mi primera opinión,<sup>240</sup> entiendo que el consultor de EEGSA, Bates White, corrigió su estudio del VAD acogiéndose a las decisiones de la Comisión Pericial y que dos de los miembros de ésta se reunieron a los efectos de revisar el estudio corregido, tras lo cual manifestaron a la CNEE y a EEGSA, vía correspondencia, que dicho estudio corregido reflejaba las decisiones de la Comisión Pericial.<sup>241</sup> Como también precisé en mi primera

---

<sup>236</sup> Aguilar, párrafo 54 (**RER-3**).

<sup>237</sup> *Íd.*

<sup>238</sup> GJ-Providencia-3121 de la CNEE del 25 de julio de 2008, recibida por EEGSA el 28 de julio de 2008 (**C-247**).

<sup>239</sup> LGE, Art. 75 (**C-17**).

<sup>240</sup> Alegría I, párrafos 62-63 (**CER-1**).

<sup>241</sup> Ver Nota de L. Giacchino a C. Colom y M. Calleja del 31 de julio de 2008 (**C-284**); Nota de C. Bastos a C. Colom y L. Maté del 1º de agosto de 2008 (**C-288**). Como expliqué en mi primera opinión, siguiendo instrucciones expresas de la CNEE, el integrante de la Comisión Pericial designado por la CNEE, el Sr. Riubrugent, se negó a participar en la revisión. Considero que las instrucciones impartidas por la CNEE al Sr. Riubrugent fueron inapropiadas e incongruentes con la LGE y el RLGE. Alegría I, párrafo 62-63 (**CER-1**); Correo electrónico de J. Riubrugent a C. Bastos y L. Giacchino del 31 de julio de 2008 (en el que se reproducen las instrucciones de la CNEE, que establecían lo siguiente: “tú representas a la CNEE dentro del seno de la Comisión Pericial, por consiguiente fuiste contratado única y exclusivamente hasta emitir el

opinión<sup>242</sup>, el 29 y 30 de julio de 2008, la CNEE emitió las Resoluciones N.º CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008, en las que llegó a la conclusión de que, debido a que el estudio del VAD de Bates White del 5 de mayo de 2008 (esto es, el estudio presentado antes de la conformación de la Comisión Pericial) no incluía todas las correcciones exigidas conforme a las observaciones formuladas por la CNEE en la Resolución N.º CNEE-63-2008 de fecha 11 de abril de 2008, la CNEE estaba autorizada a desconocer el estudio del VAD de EEGSA y establecer sus nuevos pliegos tarifarios en función del estudio del VAD preparado por su propio consultor, Sigla.<sup>243</sup>

75. En mi primera opinión expliqué por qué la interpretación de la CNEE del rol de la Comisión Pericial era incompatible con la LGE y malograba la finalidad del proceso de la Comisión Pericial.<sup>244</sup> En particular, las partes coincidían en que Bates White se había negado a aceptar todas las observaciones de la CNEE incluidas en la Resolución N.º CNEE-63-2008 del 11 de abril de 2008, y no había corregido el estudio según esas observaciones, por lo cual habría sido completamente innecesario constituir una Comisión Pericial para que simplemente confirmara un hecho fuera de discusión. Por otra parte, como ya mencioné, la LGE y el RLGE, como así también los TdR, establecen en términos claros que EEGSA no tenía la obligación de incorporar todas las observaciones de la CNEE a su estudio del VAD.<sup>245</sup> La función de la Comisión Pericial no consiste en confirmar si el distribuidor incorporó o no todas esas observaciones, como alega Guatemala, sino resolver las discrepancias que persistan entre las partes luego de que el distribuidor hubiera respondido a las observaciones de la CNEE y

---

pronunciamiento de la Comisión Pericial . . . no tienes más responsabilidades con las partes y tu contrato será liquidado conforme los alcances y las cláusulas del mismo” y que “[c]aso contrario, podría considerarse en Guatemala como una extralimitación de funciones”). (C-281).

<sup>242</sup> Alegría I, párrafos 61, 64 (CER-1).

<sup>243</sup> Resolución N.º CNEE-144-2008 del 29 de julio de 2008 (por la que se aprueba el estudio del VAD elaborado por Sigla/Electrotek) (C-272); Resolución N.º CNEE-145-2008 del 30 de julio de 2008 (en la que se fijan los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA sobre la base del estudio del VAD elaborado por Sigla/Electrotek) (C-273); Resolución N.º CNEE-146-2008 del 30 de julio de 2008 (en la que se fijan los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA sobre la base del estudio del VAD elaborado por Sigla/Electrotek) (C-274).

<sup>244</sup> Alegría I, párrafos 64-68 (CER-1).

<sup>245</sup> *Ver supra*, párrafos 32-33.

determinar si el distribuidor debe corregir su estudio a fin de acatar las observaciones de la CNEE, o si la negativa del distribuidor a hacerlo estuvo justificada a tenor de lo dispuesto en la LGE y el RLGE.<sup>246</sup>

76. En su Memorial de Contestación, Guatemala sostiene que la CNEE decidió proceder con su plan de analizar el estudio del VAD de Sigla para su aprobación porque no mediaba ningún fundamento legal en la LGE ni en el RLGE para que revisara el estudio del VAD de Bates White por tercera vez.<sup>247</sup> Esto es falso. Como ya aclaré, luego de que el distribuidor corrige el estudio del VAD para incorporar las decisiones de la Comisión Pericial, la CNEE debe aprobar dicho estudio y publicar los nuevos pliegos tarifarios en función de él, según lo contemplado en el Artículo 76 de la LGE y el modificado Artículo 99 del RLGE. La revisión por parte de la CNEE del estudio del VAD corregido es un paso lógico y necesario, además de ajustarse a la letra y el espíritu de los Artículos 74, 75 y 77 de la LGE, como también a los modificados Artículos 98 y 99 del RLGE. Como observé anteriormente, los entes administrativos pueden ejecutar actos en ejercicio de sus funciones y deberes oficiales; la revisión de la CNEE del estudio del VAD corregido por el distribuidor califica como tal. En efecto, como ya lo afirmé, el reformado Artículo 99 del RLGE prevé que “[u]na vez aprobado el estudio tarifario a que se refieren los artículos anteriores, la [CNEE] procederá a fijar las tarifas definitivas a partir de la fecha en la que se aprobó el estudio definitivo.”<sup>248</sup> Como puede verse, el citado Artículo 99 dispone expresamente que la CNEE revisará el estudio corregido del distribuidor al objeto de verificar que las decisiones de la Comisión Pericial se hayan incorporado íntegramente, y luego lo aprobará y procederá a emitir los nuevos pliegos tarifarios sobre la base del comentado estudio.

77. La afirmación de Guatemala de que, conforme a la LGE y el RLGE, la CNEE no tenía la potestad de revisar el estudio del distribuidor por tercera vez demuestra precisamente el motivo por el cual, a mi juicio, los actos de la CNEE en este caso constituyen una flagrante

---

<sup>246</sup> Alegría I, párrafo 68 (CER-1).

<sup>247</sup> Memorial de Contestación, párrafo 419.

<sup>248</sup> RLGE modificado, Art. 99 (C-105).

violación de la ley: la CNEE, sin ninguna justificación jurídica, rechazó el estudio del VAD corregido por Bates White sin antes revisarlo. A continuación, la CNEE, de manera unilateral y contraria a la letra y el espíritu de los Artículos 74, 75 y 77 de la LGE, y los Artículos 97, 98 y 99 del RLGE, procedió a aprobar su propio estudio del VAD, elaborado por Sigla, y a tomarlo como base para la emisión de los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA. Las explicaciones de Guatemala con respecto a los actos de la CNEE confirman mi opinión de que Guatemala actuó ilícitamente y de mala fe al dictar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA. El hecho de designar a una Comisión Pericial a fin de que se pronuncie sobre las discrepancias entre las partes para que la CNEE luego ignore sin más el estudio del VAD corregido por el distribuidor, en razón de que no puede aprobarlo sin revisarlo y que la ley no la autoriza a revisarlo por tercera vez, implica un enorme desperdicio de tiempo y recursos para todas las partes involucradas.

78. Incluso más, sin perjuicio de mi apreciación de que, a tenor del Artículo 74 de la LGE, solo puede utilizarse el estudio del VAD del distribuidor para el cálculo de las componentes del VAD, la CNEE, en virtud del modificado Artículo 98 del RLGE (que, por los motivos expuestos, considero que es inconstitucional), está facultada a basarse en su propio estudio del VAD para calcular los componentes del VAD únicamente cuando el distribuidor no hubiera presentado su estudio del VAD o hubiera omitido responder a las observaciones de la CNEE. Si el nuevo Artículo 98 del RLGE se intepreta y aplica correctamente, entonces esas atribuciones de la CNEE no cobraron efecto en la revisión tarifaria de EEGSA de 2008-2013, toda vez que EEGSA entregó un estudio del VAD a su debido tiempo y respondió a las observaciones de la CNEE, presentando un estudio del VAD corregido y manifestando su desacuerdo con las observaciones que correspondían.<sup>249</sup> Por consiguiente, el modificado Artículo 98 del RLGE no proporcionaba sustento legal alguno para que la CNEE se basara en su propio estudio del VAD al momento de fijar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA.

79. En este sentido, resulta curioso que los dos dictámenes legales de la Gerencia Jurídica de la CNEE del 29 de julio de 2008, que recomendaban la aprobación del estudio del VAD de Sigla, no se basen en el modificado Artículo 98 del RLGE, sino que señalan que la

---

<sup>249</sup> *Ver supra*, párrafo 35.

autoridad de la CNEE para realizar sus actos surge del segundo párrafo del reformado Artículo 99 del RLGE.<sup>250</sup> En el GJ-Dictamen-1287, la Gerencia Jurídica declara que, a fin de cumplir con el plazo de cinco años fijado por la ley, debe emitirse y publicarse un nuevo pliego tarifario para los usuarios de EEGSA antes del 1º de agosto de 2008, y que la CNEE “debe aprobar un estudio tarifario que sirva” de base para los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA.<sup>251</sup> Asimismo, la Gerencia Jurídica apunta que, dado que EEGSA omitió corregir su estudio del VAD de acuerdo con las observaciones de la CNEE del 11 de abril de 2008, la CNEE no puede aprobar dicho estudio.<sup>252</sup> Así, la Gerencia Jurídica concluye que “en virtud de que el actual pliego tarifario [de EEGSA] vence el día 31 de julio de 2008”, en consonancia con el principio consagrado en el Artículo 99 del RLGE de que “ninguna distribuidora puede operar sin pliego tarifario vigente”, la CNEE tiene la potestad de aprobar el estudio del VAD preparado por su consultor, Sigla, y fijar un nuevo pliego tarifario para EEGSA en función de tal estudio.<sup>253</sup> Ninguna de las opiniones legales analiza el Informe de la Comisión Pericial ni el estudio del VAD corregido por Bates White.

80. El análisis de la Gerencia Jurídica contiene errores fundamentales. El segundo párrafo del modificado Artículo 99 del RLGE decreta que “[e]n ningún caso la actividad de Distribución Final del servicio de electricidad puede llevarse a cabo sin pliego tarifario vigente” y que [d]ada la circunstancia en la que una Distribuidora no cuente con un pliego tarifario, corresponde a la [CNEE] emitir y poner en vigencia un pliego tarifario de manera inmediata de forma que se cumpla el principio ya anunciado.”<sup>254</sup> Como puede verse, esta parte del Artículo 99 modificado del RLGE no se aplica en el caso de que la CNEE hubiera omitido publicar el nuevo pliego tarifario del distribuidor, sino cuando el pliego tarifario actual del distribuidor hubiera sido suspendido o invalidado de forma tal que el distribuidor no disponga de ningún pliego

---

<sup>250</sup> Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE N° GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego Base de la Tarifa Social de EEGSA y Pliego Base de la Tarifa No Social de EEGSA del 29 de julio de 2008, pp. 5, 10 (C-503).

<sup>251</sup> *Íd.*, p. 4.

<sup>252</sup> *Íd.*

<sup>253</sup> *Íd.*, p. 5.

<sup>254</sup> RLGE modificado, Art. 99 (C-105).

tarifario aplicable. Si el pliego tarifario anterior del distribuidor no ha sido suspendido ni invalidado, continuará aplicándose conforme lo previsto en el Artículo 78 de la LGE y en el primer párrafo del modificado Artículo 99 del RLGE, con los ajustes correspondientes, hasta tanto la CNEE publique el nuevo pliego, excepto únicamente en los supuestos en que el distribuidor no hubiera presentado un estudio del VAD o no hubiera respondido a las observaciones de la CNEE.

81. El Artículo 78 de la LGE prescribe que “[e]n el evento que al vencimiento del período de vigencia de las tarifas no hayan sido fijadas las tarifas del período siguiente, por causa de la [CNEE], aquellas podrán ser ajustadas por los adjudicatarios según las fórmulas de ajuste automático.”<sup>255</sup> De manera similar, el modificado Artículo 99 del RLGE establece que la CNEE deberá publicar los nuevos pliegos tarifarios “en el Diario de Centroamérica, en un plazo que nunca podrá exceder de nueve meses contados a partir de la fecha de vencimiento de la vigencia de los cinco años del pliego tarifario anterior” y que “[e]n caso que la Comisión no haya publicado las nuevas tarifas, se seguirán aplicando las del pliego tarifario anterior con sus fórmulas de ajuste.”<sup>256</sup> Por lo tanto, la noción de que la CNEE tiene la obligación de publicar los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor en la fecha de vencimiento de los pliegos anteriores es equivocada. No sólo se prevé que la CNEE tiene *nueve meses* desde la fecha de vencimiento de los pliegos tarifarios previos para publicar los nuevos pliegos del distribuidor, sino que el Artículo 78 de la LGE y el modificado Artículo 99 del RLGE contemplan que, en circunstancias en las que al final del período de cinco años no se hubieran publicado nuevos pliegos, se continuarán aplicando los pliegos tarifarios anteriores del distribuidor, con los ajustes pertinentes.

82. La referencia truncada al segundo párrafo del Artículo 99 del RLGE por parte de la Gerencia Jurídica como fundamento legal de la aprobación del estudio del VAD de Sigla y la fijación de los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA es, por ende, tendenciosa y errónea. Asimismo, viola el Artículo 201 de la Ley del Organismo Judicial, que prohíbe a los abogados

---

<sup>255</sup> LGE, Art. 78 (C-17).

<sup>256</sup> RLGE modificado, Art. 99 (énfasis añadido) (C-105).

invocar leyes falsas o truncadas.<sup>257</sup> Quisiera mencionar que, en un escrito presentado a la Corte de Constitucionalidad en el año 2003, el representante legal de la CNEE defendió claramente la postura de que es posible que la emisión de los nuevos pliegos tarifarios del distribuidor se demore y que, en ese caso, se continuarán aplicando los pliegos anteriores del distribuidor, conforme lo previsto en el Artículo 78 de la LGE y los Artículos 98 y 99 originales del RLGE.<sup>258</sup> Esto refuerza aun más mi opinión de que los actos de la CNEE de ignorar el Informe de la Comisión Pericial y el estudio del VAD corregido por Bates White y adoptar unilateralmente su propio estudio del VAD fueron ilícitos y arbitrarios.

#### **F. Acciones judiciales de EEGSA**

83. Según lo aludido en mi primera opinión, EEGSA impugnó la disolución de la Comisión Pericial por parte de la CNEE y su emisión de las nuevas tarifas de EEGSA en función del estudio del VAD de Sigla por medio de la presentación de recursos administrativos ante el MEM y solicitudes de amparo ante los tribunales guatemaltecos.<sup>259</sup> El 1° de agosto de 2008, EEGSA presentó recursos administrativos en contra de las Resoluciones N.° CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008, por las cuales, como ya indiqué, se aprobó el estudio del VAD de Sigla y se fijaron los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA en función de él.<sup>260</sup> Estos recursos administrativos fueron rechazados por el MEM<sup>261</sup> y, el 14 de agosto de 2008, EEGSA inició una acción de amparo ante el Juzgado Primero del Ramo Civil, en virtud de la cual

---

<sup>257</sup> Ley del Organismo Judicial, Art. 201 (C-6).

<sup>258</sup> Respuesta de la CNEE a la Inconstitucionalidad General Total 1782-2003 del 10 de noviembre de 2003 (C-81).

<sup>259</sup> Alegría I, párrafos 70-81 (CER-1).

<sup>260</sup> Ver Recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de la Resolución N.° CNEE-144-2008 del 1° de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (C-285); Recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de la Resolución N.° CNEE-145-2008 del 1° de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (C-286); Recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de la Resolución N.° CNEE-146-2008 del 1° de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (C-287).

<sup>261</sup> Ver Resolución N.° 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.° CNEE-145-2008) (C-293); Resolución N.° 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.° CNEE-146-2008) (C-294); Resolución N.° 2559 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.° CNEE-144-2008) (C-295).

impugnó la Resolución que formalizaba la decisión de la CNEE de disolver la Comisión Pericial (GJ-Providencia-3121), como así también las Resoluciones CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008.<sup>262</sup>

84. En su opinión, el experto Aguilar declara que EEGSA aceptó la legalidad de los pliegos tarifarios dictados por la CNEE puesto que nunca objetó las tarifas reales ni su suficiencia para cubrir los costos de la compañía, sino que impugnó aspectos procesales de las Resoluciones que establecieron dichas tarifas.<sup>263</sup> Esto es incorrecto. Según lo reflejan las apelaciones administrativas de EEGSA, ésta impugnó las Resoluciones N.º CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008, con el argumento de que la CNEE había transgredido los derechos al debido proceso de EEGSA al rechazar el estudio del VAD corregido por Bates White y aprobar el estudio del VAD de Sigla en contravención de la LGE y el RLGE, y de que los pliegos resultantes eran contrarios a la ley y, por ende, nulos.<sup>264</sup> Mediante resoluciones dictadas el 20 de agosto de 2008, el MEM desestimó los recursos administrativos por considerar que las Resoluciones eran disposiciones generales dirigidas a los usuarios finales de electricidad, y no a EEGSA, y que, entonces, no procedía ningún recurso administrativo.<sup>265</sup> A la luz del Artículo 10 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que dictamina que los recursos administrativos pueden ser planteados por cualquiera que tenga un interés en el expediente administrativo, los motivos expuestos por el MEM para justificar el rechazo de los recursos de EEGSA son, a mi criterio, infundados; es evidente que EEGSA tenía interés en las Resoluciones que aprobaron el

---

<sup>262</sup> Ver Solicitud de Amparo interpuesta por EEGSA el 14 de agosto de 2008 en contra de la Resolución N.º GJ-Providencia-3121 y las Resoluciones N.º CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008 (**C-291**).

<sup>263</sup> Aguilar, párrafos 62-63 (**RER-3**).

<sup>264</sup> Ver Recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de la Resolución N.º CNEE-144-2008 del 1º de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (**C-285**); Recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de la Resolución N.º CNEE-145-2008 del 1º de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (**C-286**); Recurso de revocatoria interpuesto por EEGSA en contra de la Resolución N.º CNEE-146-2008 del 1º de agosto de 2008, recibido por la CNEE el 4 de agosto de 2008 (**C-287**).

<sup>265</sup> Ver Resolución N.º 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.º CNEE-145-2008) (**C-293**); Resolución N.º 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.º CNEE-146-2008) (**C-294**); Resolución N.º 2559 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.º CNEE-144-2008) (**C-295**).



estudio del VAD de Sigla y fijaron sus pliegos tarifarios para el período 2008-2013.<sup>266</sup> Además, es difícil comprender cómo sería posible que una Resolución que establece los pliegos de un distribuidor en particular no estuviera dirigida a él, como arguye el MEM en sus decisiones.<sup>267</sup>

85. Como mencioné, además de los recursos administrativos, EEGSA interpuso una acción de amparo contra las Resoluciones N.º CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008 ante la justicia guatemalteca, por medio de la cual pretendió que se declarara la nulidad de las Resoluciones, en atención a la violación por parte de la CNEE de los derechos del debido proceso que asistían a EEGSA al rechazar el estudio del VAD corregido por Bates White y fijar los nuevos pliegos tarifarios de EEGSA basándose en el estudio del VAD de Sigla.<sup>268</sup> En consecuencia, EEGSA no aceptó la legalidad de los pliegos tarifarios dictados por la CNEE, como aduce el Sr. Aguilar, sino que impugnó sus fundamentos legales mediante recursos administrativos y solicitudes de amparo.

86. Como expliqué en mi primera opinión,<sup>269</sup> el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil concedió el amparo de EEGSA en contra de la Resolución N.º CNEE-144-2008 y determinó que la CNEE no podía desconocer el estudio del VAD corregido por Bates White y aprobar su propio estudio del VAD como base para la emisión de los nuevos pliegos de EEGSA.<sup>270</sup> Resulta curioso que la CNEE alegó ante el Juzgado que su Resolución N.º CNEE-144-2008 se fundaba en el modificado Artículo 98, y no en el Artículo 99, del RLGE, a pesar de que, como indiqué anteriormente, su Gerencia Jurídica había justificado los actos de la

---

<sup>266</sup> Ley de lo Contencioso Administrativo, Art. 10 (C-425).

<sup>267</sup> Ver Resolución N.º 2557 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.º CNEE-145-2008) (C-293); Resolución N.º 2558 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.º CNEE-146-2008) (C-294); Resolución N.º 2559 del Ministerio de Energía y Minas del 20 de agosto de 2008 (mediante la cual se rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N.º CNEE-144-2008) (C-295).

<sup>268</sup> Ver Solicitud de Amparo interpuesta por EEGSA el 14 de agosto de 2008 en contra de la Resolución N.º GJ-Providencia-3121 y las Resoluciones N.º CNEE-144-2008, CNEE-145-2008 y CNEE-146-2008 (C-291).

<sup>269</sup> Alegría I, párrafo 74 (CER-1).

<sup>270</sup> Resolución del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009, por la que se concede el Amparo C2-2008-7964, p. 11 (y en la que se concluye que la CNEE “actuó fuera del marco establecido en la Ley General de Electricidad”). (C-328).

CNEE invocando el Artículo 99 del RLGE en ocasión del dictado por parte de la CNEE de su Resolución N.º CNEE-144-2008.<sup>271</sup> Al conceder el amparo a EEGSA, el Juzgado sostuvo que la atribución de la CNEE de desestimar el estudio del VAD del distribuidor y basarse en su propio estudio del VAD, de conformidad con el modificado Artículo 98 del RLGE, se limita a circunstancias en las que el distribuidor omite presentar el estudio o hacer las correcciones pertinentes, circunstancias que no se verificaron en el caso de EEGSA.<sup>272</sup> De este modo, el Juzgado rechazó el argumento de la CNEE de que EEGSA no había “procedi[do] a efectuar la totalidad de las correcciones que debía realizar” y concluyó que “tal argumento carece de validez puesto que la ley prevé la posibilidad de que el distribuidor no esté conforme con ciertas observaciones, lo que provoca la existencia de discrepancias.”<sup>273</sup> El Juzgado determinó así que la CNEE, al dictar la Resolución N.º CNEE-144-2008 “con fundamento en el [A]rtículo 98 del Reglamento, violó el debido proceso garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala.”<sup>274</sup>

87. Como también manifesté en mi primera opinión,<sup>275</sup> la Corte de Constitucionalidad, mediante una decisión adoptada por tres votos contra dos, revocó el fallo del Juzgado Segundo del Ramo Civil por diferentes motivos, con lo cual puso fin a la impugnación legal por parte de EEGSA de la Resolución N.º CNEE-144-2008.<sup>276</sup> Ratifico que, en mi opinión profesional, la Corte de Constitucionalidad cometió un error manifiesto en tal decisión, que estuvo influenciada por consideraciones políticas para evitar el aumento de las tarifas de electricidad de EEGSA, en lugar de fundarse en una interpretación de buena fe de la ley. Como

---

<sup>271</sup> Ver *íd.*, p. 9; Dictámenes de la Gerencia Jurídica de la CNEE N° GJ-DICTAMEN-1287 y GJ-DICTAMEN-1288, Pliego Base de la Tarifa Social de EEGSA y Pliego Base de la Tarifa No Social de EEGSA del 29 de julio de 2008, pp. 5, 10 (C-503).

<sup>272</sup> Resolución del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil del 15 de mayo de 2009, por la que se concede el Amparo C2-2008-7964, p. 9 (C-328).

<sup>273</sup> *Íd.*, pp. 9-10.

<sup>274</sup> *Íd.*, p. 10.

<sup>275</sup> Alegria I, párrafo 75 (CER-1).

<sup>276</sup> Resolución de la Corte de Constitucionalidad en relación con el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009 (C-331).

señalé en mi primera opinión,<sup>277</sup> la Corte de Constitucionalidad asumió equivocadamente que la resolución de la Comisión Pericial era equivalente al dictado de los pliegos tarifarios por parte de la CNEE, y concluyó que EEGSA no podía haber padecido ninguna violación del debido proceso porque sólo la CNEE tiene la facultad de emitir pliegos tarifarios en virtud de la LGE.<sup>278</sup> Como expuse anteriormente, se trata del mismo error que vicia el razonamiento de Guatemala y su experto legal, el Sr. Aguilar. El error fundamental de la decisión de la Corte, y de la postura de Guatemala en este arbitraje, consiste en la falta de reconocimiento de que la Comisión Pericial no dicta ni fija los pliegos tarifarios del distribuidor, sino que resuelve las discrepancias entre la CNEE y el distribuidor respecto del estudio del VAD sobre el cual deben basarse los pliegos tarifarios de este último. Por ende, cuando la CNEE fijó los nuevos pliegos de EEGSA en función del estudio del VAD de Sigla, violó los derechos del debido proceso de EEGSA, dado que no existían fundamentos para que la CNEE ignorara la decisión de la Comisión Pericial sobre las discrepancias o el estudio del VAD de Bates White, que había sido corregido a fin de reflejar el pronunciamiento de la referida Comisión.

88. Como observé en mi primera opinión,<sup>279</sup> dos jueces disidentes compartieron esta postura y llegaron a la conclusión de que la CNEE violó el Artículo 75 de la LGE y el Artículo 98 del RLGE.<sup>280</sup> La Magistrada Gladys Chacón Corado y el Magistrado Mario Pérez Guerra emitieron votos disidentes a favor de EEGSA y concluyeron que no se habían verificado las circunstancias que habrían facultado a la CNEE a dictar los nuevos pliegos tarifarios basándose en su propio estudio del VAD, en los términos del reformado Artículo 98 del RLGE.<sup>281</sup> En particular, la Magistrada Chacón sostuvo que el hecho de permitir a la CNEE que fije pliegos tarifarios de manera unilateral si el distribuidor omite efectuar todas las correcciones al estudio del VAD que la CNEE le exige en sus observaciones frustraría la finalidad del Artículo 75 de la

---

<sup>277</sup> Alegría I, párrafo 75 (CER-1).

<sup>278</sup> Ver Resolución de la Corte de Constitucionalidad en relación con el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009, pp. 26-35 (C-331).

<sup>279</sup> Alegría I, párrafo 79 (CER-1).

<sup>280</sup> Resolución de la Corte de Constitucionalidad en relación con el Amparo C2-2008-7964 del 18 de noviembre de 2009, pp. 37-38, 39-46 (C-331).

<sup>281</sup> *Íd.*, pp. 37-46.

LGE, como así también el establecimiento de la Comisión Pericial, cuya misión es resolver las diferencias entre la CNEE y el distribuidor.<sup>282</sup>

Emitido el 24 de mayo de 2012 en la Ciudad de Guatemala, Guatemala.

[s]

Rodolfo Alegría Toruño

---

<sup>282</sup> *Íd.*, p. 37.