

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**LA IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS
CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN
EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA –
CENTROAMÉRICA – ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN

GUATEMALA, DICIEMBRE DE 2012

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS
CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN
EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA –
CENTROAMÉRICA – ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, diciembre de 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Cesar Augusto Conde Rada
Vocal: Juan Ramón Peña Rivera
Secretario: Armando Dagoberto Palacios Uriza

Segunda Fase:

Presidente: Guillermo Díaz Rivera
Vocal: Pedro José Marroquín Chinchilla
Secretario: Luis Efraín Guzmán Morales

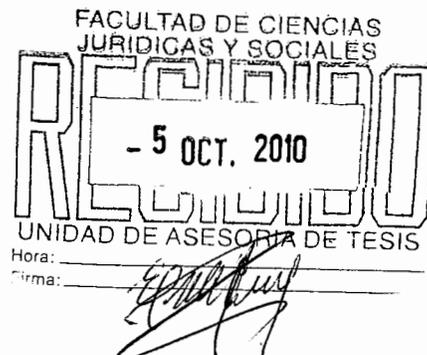
RAZON: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 de Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



**SARA LORENA RALDA PORRAS
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, 04 de junio de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

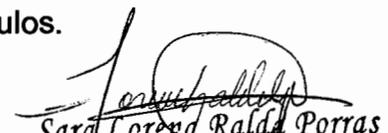


Licenciado Castillo Lutín

La infrascrita egresada de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, a usted informa:

Que en virtud del nombramiento de asesor de tesis otorgado en relación al trabajo de tesis de la bachiller: **MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN**, intitulado: **IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO, REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, le manifiesto lo siguiente:

- a) Modificación del título de trabajo de tesis. Me permito realizar la modificación del título de trabajo de tesis presentado en el plan de investigación, por el intitulado **LA IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA – CENTROAMÉRICA – ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**.
- b) Contenido científico y técnico de la tesis. El trabajo de tesis efectuado por la bachiller **MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN**, cumple satisfactoriamente con los objetivos trazados en el plan de investigación, habiéndose profundizado en todos los elementos que conforman el tema y tomando en cuenta las sugerencias propuestas para la elaboración de los capítulos.


Sara Lorena Ralda Porras
Abogado y Notario



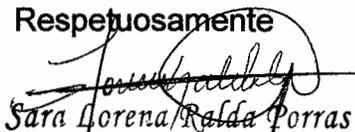
SARA LORENA RALDA PORRAS
ABOGADO Y NOTARIO

- c) Metodología y técnica de investigación. El método analítico se empleó en la elaboración de los capítulos; el método jurídico de la hermenéutica para establecer la interpretación de la irretroactividad implícita del tratado en mención, y el sintético para la formulación de las conclusiones y recomendaciones. Se usó la técnica documental, para seleccionar información que sirvió de referencia para desarrollar el tema.
- d) Opinión sobre la redacción. El trabajo se encuentra bien estructurado, guardando un enlace lógico en cada capítulo, así como en las conclusiones y recomendaciones.
- e) Contribución científica del tema. Contribuye de forma doctrinaria y legal al estudio de la irretroactividad de la ley y como se dispone implícitamente este principio en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, el cual es un criterio de solución a las controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala.
- f) Opinión respecto a las conclusiones y recomendaciones. Las conclusiones son acordes a la elaboración del trabajo; las recomendaciones permiten establecer posibles soluciones jurídicas al planteamiento del problema.
- g) Bibliografía utilizada. Es científica, ya que se consultaron diversos autores nacionales e internacionales para establecer el criterio sustentado.

Por lo anteriormente expuesto, me permito concluir lo siguiente:

Que el presente trabajo de investigación elaborado, cumple con las estipulaciones señaladas en el Artículo 32 del Normativo Para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo tanto, emito **OPINIÓN FAVORABLE** y **APRUEBO** el trabajo de investigación efectuado, para que sea discutido en examen público de tesis.

Respetuosamente


Sara Lorena Ralda Porras

No. Colegiado 4,150

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) NORA LETICIA MARROQUÍN ORELLANA DE RUIZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN, Intitulado: "LA IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA -CENTROAMÉRICA- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA".-

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

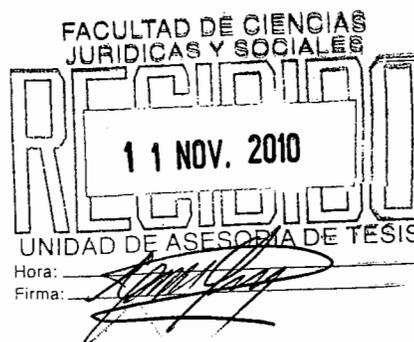




LICENCIADA
NORA LETICIA MARROQUÍN ORELLANA DE RUÍZ
ABOGADO Y NOTARIO
7ª Avenida 7-78, Zona 4
Edificio Centroamericano 9º Nivel
Oficina 906, Ciudad de Guatemala
Teléfono 23608396

Guatemala, 11 de noviembre de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castillo Lutín

La infrascrita egresada de la Universidad de San Carlos de Guatemala, a usted informa:

En virtud del nombramiento de revisor de tesis otorgado en relación al trabajo de tesis de la bachiller: **MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN**, intitulado: **LA IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA – CENTROAMÉRICA – ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, le manifiesto lo siguiente:

- a) Contenido científico y técnico de la tesis. El trabajo de tesis efectuado por la bachiller **MARINA PAOLA BARILLAS AJÍN**, fue revisado cuidadosamente y se constató que cumplió con el plan de investigación, habiéndose realizado un estudio de todos los elementos del tema y modificación de algunos capítulos.
- b) Metodología y técnica de investigación. El método analítico se utilizó en la elaboración los capítulos; el método jurídico de la hermenéutica para determinar la interpretación de la irretroactividad implícita del tratado, y el sintético en la

Nora Leticia Marroquín Orellana
ABOGADO Y NOTARIO



LICENCIADA
NORA LETICIA MARROQUÍN ORELLANA DE RUÍZ
ABOGADO Y NOTARIO
7ª Avenida 7-78, Zona 4
Edificio Centroamericano 9º Nivel
Oficina 906, Ciudad de Guatemala
Teléfono 23608396

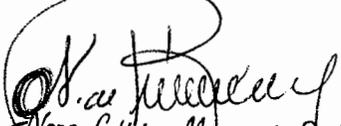
formulación de las conclusiones y recomendaciones. Se empleó la técnica documental para seleccionar información que sustenta el tema.

- c) Opinión sobre la redacción. La redacción es coherente y lógica en cada capítulo, así como en las conclusiones y recomendaciones.
- d) Contribución científica del tema. Contribuye de forma doctrinaria y legal al estudio de la irretroactividad en los tratados internacionales, y como se dispone este principio de forma implícita en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, el cual es un criterio de solución a las controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala.
- e) Opinión respecto a las conclusiones y recomendaciones. Las conclusiones están relacionadas con el trabajo y con la realidad nacional, y las recomendaciones establecen soluciones jurídicas al planteamiento del problema.
- f) Bibliografía utilizada. Se consultaron diversos autores nacionales e internacionales para establecer el criterio sustentado.

Por lo anteriormente expuesto, me permito concluir lo siguiente:

Que el presente trabajo de investigación elaborado, cumple con las estipulaciones señaladas en el Artículo 32 del Normativo Para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo tanto, emito **OPINIÓN FAVORABLE** y **APRUEBO** el trabajo de investigación efectuado, para que sea discutido en examen público de tesis.

Respetuosamente


Nora Leticia Marroquín Orellana
No. Colegiado 3016



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARINA PAOLA BARILLAS AJIN, Titulado LA IRRETROACTIVIDAD IMPLÍCITA, COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO DE GUATEMALA, EN EL MARCO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA – CENTROAMÉRICA- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



ACTO QUE DEDICO

A MI DIOS: Quién está conmigo siempre, para ayudarme y pelear mis batallas. Digno de recibir la honra y la gloria.

A MIS ABUELOS: Por sus oraciones y sus consejos. Muchas gracias.

A MIS PADRES: Por su gran amor y apoyo cada día. Los amo.

A MIS HERMANOS: Noé, Herbert, Diana, gracias por creer en mí. Los amo.

A MI SOBRINA: Danielita Fernanda, sé que la vida es muy frágil y que es un milagro. Gracias por mostrármelo.

A TIOS Y PRIMOS: Por su apoyo, oraciones y ánimo.

EN ESPECIAL A: Las licenciadas Nora Marroquín de Ruiz, Lorena Ralda Porras y Gladys Verónica Fernández Ortiz, quienes fueron la respuesta a mis oraciones y una inmensa bendición conocerlas. Gracias.

A MIS AMIGOS: Entre ellos, a Joselyn Madrid por su apoyo constante, al licenciado David Leonel Girón por ser instrumento de Dios, a



mis compañeros de trabajo por su comprensión, y a todos mis hermanos en la fe y amigos que rogaron por mi ante el Padre Celestial.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme alcanzar un sueño académico y llegar a este momento. Muchas Gracias.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Aplicación de la ley en el tiempo.....	1
1.1. Antecedentes históricos de la irretroactividad de la ley.....	1
1.2. Irretroactividad de la ley.....	5
1.3. Retroactividad de la ley.....	10
1.4. Aplicación inmediata de la ley.....	20

CAPÍTULO II

2. Interpretación de la irretroactividad – retroactividad implícita en el derecho de los tratados internacionales.....	23
2.1. Irretroactividad y retroactividad en el derecho de los tratados Internacionales.....	23
2.2. Retroactividad implícita.....	28
2.3. Irretroactividad implícita.....	30
2.4. Irretroactividad implícita en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.....	32

CAPÍTULO III

3. Controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado de Guatemala.....35

3.1. Sujetos que participan en la relación de inversión.....35

 3.1.1. Estado de Guatemala.....35

 3.1.2. Inversionistas extranjeros.....36

3.2. Relación de inversión..... 44

3.3. Controversias entre las partes y mecanismos de solución.....45

3.4. Controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio

RD – CAUSA y mecanismos de solución..... 54

 3.4.1. Capítulo 10 sección A “inversión”.....55

 3.4.2. Capítulo 10 sección B “solución de controversias

 inversionista – Estado”.....66

CAPÍTULO IV

4. Controversias entre Railroad Development Corporation contra el Estado de

Guatemala..... 83

4.1. Sujetos que participan en la relación de inversión..... 83

 4.1.1. Inversionista Railroad Development Corporation..... 84

 4.1.2. Empresa de inversión..... 85

 4.1.3. Estado de Guatemala..... 85

4.2. Relación de inversión..... 88

4.3. Controversias nacionales y mecanismos de solución.....93



4.4. Controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio
RD – CAUSA y mecanismo de solución..... 104

CAPÍTULO V

5. La irretroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América..... 109

5.1. Interpretación de la irretroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA..... 109

5.1.1. Supuestos jurídicos complejos del Artículo 10.1.3 del Tratado..... 110

5.1.2. Ámbito temporal del Artículo 10.1.3 del Tratado..... 113

5.1.3. Consecuencias jurídicas del Artículo 10.1.3 del Tratado..... 114

5.2. Aplicación inmediata del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA..... 117

5.3. Retroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA..... 118

5.4. La irretroactividad implícita como criterio de solución en las controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala en el marco del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América..... 120

CONCLUSIONES..... 127

RECOMENDACIONES..... 129

BIBLIOGRAFÍA..... 131



INTRODUCCIÓN

Se eligió este tema ante la problemática que surgió en las controversias del contrato de usufructo de equipo ferroviario, propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, en el cual participa un inversionista de los Estados Unidos de América, quien fundamentándose de forma retroactiva en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América demanda internacionalmente al Estado de Guatemala por incumplir con las normas del mismo, de interpretarse de esta manera el Tratado; se generarían efectos negativos al Estado de Guatemala, ya que estaría obligado a pagar una indemnización cuantiosa.

La hipótesis planteada fue: Un inversionista interpreta retroactivamente el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, para demandar internacionalmente al Estado de Guatemala, esto le produciría obligaciones económicas desfavorables al Estado de Guatemala, situación que no está sustentada por la irretroactividad implícita dispuesta en el propio Tratado.

Los objetivos de esta investigación fueron: señalar qué norma del citado Tratado dispone la irretroactividad implícita y cuáles son sus efectos legales; exponer cuáles son las controversias que surgieron entre el inversionista y el Estado de Guatemala, y explicar porqué la irretroactividad implícita del Tratado es un criterio de solución a las controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala.



Los métodos empleados en la investigación fueron: El analítico, en la elaboración de los capítulos; el hermenéutico para establecer la interpretación de la irretroactividad implícita del Tratado conforme a su texto, sentido propio de sus palabras y contexto, y el sintético para la formulación de las conclusiones y recomendaciones. Se utilizó la técnica documental, para seleccionar la información que sirvió para sustentar el tema.

La tesis se presenta en cinco capítulos, el primero indica la fundamentación teórica de la aplicación de la ley en el tiempo; el segundo explica la interpretación de la retroactividad – irretroactividad implícita en el derecho de los tratados internacionales; el tercero expone las controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado de Guatemala; el cuarto presenta las controversias entre el inversionista Railroad Development Corporation contra el Estado de Guatemala, y el quinto explica la interpretación de la irretroactividad implícita del Tratado como criterio de solución a las controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala.

En conclusión, en la presente investigación se verificó que en el texto del Tratado y en los documentos de aprobación y ratificación en Guatemala, no se acordó la retroactividad de sus disposiciones, por lo cual no debe ser interpretado de esta manera. Sin embargo, si se estipuló de forma implícita la irretroactividad en el Artículo 10.1.3 del capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.



CAPÍTULO I

1. Aplicación de la ley en el tiempo

En la aplicación de la ley en el tiempo existen conflictos temporales, sea que un acto o hecho jurídico se haya realizado bajo el imperio de una ley anterior, pero sus consecuencias jurídicas se producen y desenvuelven bajo la vigencia de una nueva ley, o cuando se ha realizado un acto o un hecho jurídico y la nueva ley fija diferentes condiciones, suprimiendo o modificando las anteriores.

Ante estas circunstancias, se debe conocer los antecedentes históricos de la irretroactividad de la ley y los principios de la aplicación de la ley en el tiempo, entre ellos, la irretroactividad, retroactividad y aplicación inmediata de la ley.

1.1. Antecedentes históricos de la irretroactividad de la ley

Como antecedente histórico de la irretroactividad de la ley, su origen se encuentra en el derecho antiguo griego, ya que este principio surgió de la evolución del derecho, cuando las leyes pasaron de ser estáticas a ser reformables.

Sus expositores más sobresalientes fueron: Platón en su obra Theaetetus, quien señalaba que las leyes se aprueban con el fin de resultar útiles para el tiempo futuro; Demóstenes en su obra contra Eubúlides, y Aristóteles en el arte de la retórica,

reflejaron en algunos de sus pasajes la irretroactividad de la ley, indicando: “La idea de que la nueva ley se dirige al tiempo futuro, posterior a su promulgación.”¹

El espíritu de la irretroactividad de las nuevas leyes en el derecho antiguo griego, se justificaba por exigencias de justicia, igualdad y una elemental división de funciones estatales.

En el derecho romano, la ciencia jurídica desarrolló y consagró las principales reglas relativas a la retroactividad de las leyes. Pues también existía un espíritu de rechazo generalizado a la retroactividad, como la que ya había surgido en el derecho antiguo griego.

En Roma, en un célebre discurso de Cicerón contra Verres en el año 74 antes de Cristo, se condena enérgicamente la retroactividad de las leyes, los argumentos aducidos entonces se fundamentaron en la irretroactividad, por exigencias de seguridad jurídica y de previsibilidad de la nueva regulación.

En esa época se establecen las bases del derecho transitorio (irretroactividad y retroactividad de la ley), y se formula el principio general de irretroactividad dirigida al aplicador jurídico, ordenándole emplear la ley del tiempo que corresponde al del hecho o conclusión del negocio jurídico, a no ser que el legislador disponga expresamente lo

¹ Macho Pérez, Ana Belén, **El principio de irretroactividad en derecho tributario**, pág. 127.

contrario (retroactividad de la ley), ya que durante esa época la irretroactividad constituyó una regla general no escrita.

En el período de las constituciones imperiales, el principio jurídico de la no – retroactividad, que hasta el momento podía considerarse una regla general de derecho no escrita, fue consagrado en el derecho positivo.

La primera formulación escrita del principio general de irretroactividad de la ley aparece en la constitución de Teodosio II y Valentiniano III en el año 440 después de Cristo, con el siguiente tenor: *“Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.”*²(sic).

Locuciones latinas que de acuerdo al “Código de Justiniano, Libro I, Título 14, De leg. 7, expresa: “Las leyes y las constituciones dan forma a los negocios futuros y no se retrotraen a los hechos pasados; excepto si se dispone expresamente lo contrario, tanto respecto del tiempo pasado como de los negocios todavía pendientes”.³(sic).

Esta primera formulación conocida como “regla teodosiana” señalaba al respecto tres aspectos esenciales. En primer lugar, se destaca que la regla de irretroactividad de la ley admite en todo caso la disposición expresa de retroactividad por el legislador.

² *Ibid*, pág. 129.

³ *Ibid*.



La irretroactividad es un principio dirigido esencialmente al intérprete y aplicador jurídico, no prohíbe al legislador futuro dictar leyes retroactivas, aunque sí exige que las disponga expresamente.

En segundo lugar, la regla teodosiana prefiere como principio general la aplicabilidad de la ley antigua, para la regulación de los negocios en curso hasta su total extinción.

Y en tercer lugar, protege a los negocios concluidos en el pasado respecto a las condiciones de forma de los actos y contratos.

En este último sentido, también se excluía la aplicabilidad de la ley nueva respecto de los efectos futuros de los negocios o contratos en curso, en defensa de la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica.

Ya a finales del siglo XVII, la regla de la irretroactividad de la ley se había mantenido en el plano de la aplicación jurídica y como regla de prudencia política. Sin embargo, con la consagración de las libertades y derechos civiles del ciudadano frente al poder público, el principio de la irretroactividad se eleva a rango constitucional, al ser admitido en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América en el año de 1787.

Mas tarde, a nivel internacional se dispuso la irretroactividad de la ley en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano en el año de 1789.

Luego se instituyó este principio en la constitución francesa en el año de 1793. Y es así como se comienza a consagrar el principio de la irretroactividad de la ley en las constituciones de los Estados.

1.2. Irretroactividad de la ley

El Diccionario de la Real Academia Española define: **“Irretroactividad:** Es el principio legislativo y jurídico, según el cual las leyes no tienen efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición en contrario.

Entiéndase por irretroactividad aquella máxima jurídica que rechaza de plano el efecto retroactivo de las leyes, salvo declaración expresa de ésta, es decir, si una ley nueva debe aplicarse o no a relaciones jurídicas nacidas al amparo de una ley antigua.”⁴(sic).

El tratadista Guillermo Cabanellas de Torres, define la irretroactividad de la ley como: “El principio legislativo y jurídico, según el cual las leyes no tienen efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición en contrario.”⁵

La irretroactividad en la mayoría de las legislaciones es asumida como principio básico, salvo las excepciones que consten de manera expresa. Además se funda en el interés general y de seguridad jurídica que exige el respeto a los derechos y situaciones adquiridas bajo el amparo de la norma vigente en el momento de su constitución.

⁴ Real Academia Española, **Diccionario de la real academia española**, pág. 840.

⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 231.

Las reglas que determinan la irretroactividad de la ley son las siguientes: “a) la ley rige todos los actos y situaciones que se produzcan después de su vigencia; b) la ley nada dispone sobre hechos que se han realizado antes de su entrada en vigor. Las leyes – decía – *PORTALIS* – no existen sino desde que se promulgan y no pueden tener efecto sino desde que existen.

Es lógico que la ley sólo debe ser obedecida desde que existe y no cuando aún es inexistente. De sostenerse que la ley fuera retroactiva, se crearían un estado de inseguridad en los derechos, ya que ningún derecho ni situación sería seguro y firme por la posibilidad de alteración o cambio”⁶(sic).

Por ello, se dice que: “El fundamento de la irretroactividad de la leyes, se cifra en la confianza, en la protección de las normas y en la seguridad jurídica. El principio de irretroactividad acaba hallando su fundamento en otro de mayor fuerza, se convierte en un derivado del principio de seguridad jurídica.”⁷

Para Puig Peña, los fundamentos del principio de la irretroactividad “son los siguientes:

1. Una justificación de política legislativa, puesto que la seguridad y la estabilidad no se alcanzan sino es estableciendo la irretroactividad de las normas.

⁶ Monroy Cabra, Marco, **Introducción al derecho**, pág. 472.

⁷ Verdera Izquierdo, **La irretroactividad: problemática general colección monografías de derecho civil VI, teoría general de la norma jurídica**, pág. 21.

2. Una justificación de moral humana, puesto que, el principio de irretroactividad se apoya también en la libertad de los sujetos, lo que supone que puedan desarrollarse y actuar dentro de un margen de posibilidades que saben que no están vedadas a actuar.

3. Una justificación de psicología colectiva, que la identifica con un “sentimiento general colectivo”, que forma parte del sentir y el espíritu del pueblo, hacia la irretroactividad de las normas.”⁸(sic).

Sin embargo, existen excepciones al principio de irretroactividad de la ley, por lo que “se mencionan las siguientes:

- a) En leyes interpretativas. – En este caso se admite que la nueva ley que aclara la anterior se aplique a los casos pendientes nacidos bajo el imperio de la ley anterior, porque se considera que forma un solo cuerpo con ella. A la interpretación realizada de este modo se le da el calificativo de auténtica.

- b) En leyes penales. – En la mayoría de legislaciones se consagra el efecto retroactivo de las leyes penales cuando son benignas o favorables al reo (por el principio de la favorabilidad).

⁸ *Ibíd*, pág. 22.

c) La doctrina consagra la necesidad del efecto retroactivo en relación con las leyes nuevas que suprimen en forma definitiva una determinada institución jurídica, como en el caso de la esclavitud.”⁹(sic).

Teniendo presente lo anterior, la doctrinaria Beatriz Verdera Izquierdo, explica que el principio de la irretroactividad debe ser aplicado por los juzgadores: “Tal principio va dirigido exclusivamente a los jueces al ser quienes interpretan y aplican las leyes. Al legislador le basta con sentar el principio de la irretroactividad sin necesidad de adscribirse a ninguna teoría sobre el punto. Es a los jueces a quienes corresponde fijar el concepto.

El principio de irretroactividad de la ley, no se impone al legislador sino al juez, y tiene carácter interpretativo. Se sabe que dicho principio tiene rango constitucional en muchos ordenamientos y en cualquier caso, se recoge en los Códigos con un carácter relativo dejando un margen de actuación al legislador de forma que pueda dictar leyes retroactivas. Dicha retroactividad se determinará expresamente o sea inferirá de su contenido.”¹⁰

La irretroactividad de la ley se dispone en la norma constitucional de un Estado, principio que puede alterarse mediante una declaración permisiva expresada por el mismo legislador constituyente (retroactividad de la ley).

⁹ Monroy, Marco, **Ob. Cit**; pág. 482.

¹⁰ Verdera Izquierdo, **Ob. Cit**; pág. 23.

Esto hace descartar la posibilidad de que la retroactividad de la ley surja por un mero decreto, ya que el legislador debe obedecer la norma superior que la prohíbe, no obstante también debe tener presente las excepciones que consten expresamente en la norma constitucional, y sólo en estos casos puede decretar la retroactividad de la ley, para no afectar uno de los fines del derecho que es la seguridad jurídica.

Esto hace entender, que en “la mayoría de legislaciones se acepta la irretroactividad de la ley como regla general. Pero se debe advertir que si bien la regla general es la irretroactividad, el legislador puede otorgar efecto retroactivo a ciertas leyes en casos excepcionales y principalmente por razones de interés público o social.”¹¹

En el ordenamiento jurídico interno del Estado de Guatemala, se instituye la irretroactividad de la ley en la Constitución Política de la República, en el Artículo 15 Irretroactividad de la ley. “La ley **no tiene efecto retroactivo**, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.”

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece la irretroactividad de la ley, como principio constitucional que indica que la nueva ley no tiene efecto retroactivo, y que existirá retroactividad excepcional y expresamente cuando ésta favorezca al reo.

¹¹ Monroy, Marco, **Ob. Cit**; pág. 473.



Asimismo, la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 7, establece la irretroactividad: “La ley **no tiene efecto retroactivo**, ni modifica derechos adquiridos. Se exceptúa la ley penal en lo que favorezca al reo. Las leyes procesales tienen efecto inmediato, salvo lo que la propia ley determine.”

Ley del Organismo Judicial se sustenta en el precepto constitucional. Y regula que la nueva ley no modificará derechos adquiridos. En cuanto a las leyes procesales, éstas tienen un efecto inmediato, salvo que la misma ley indique que la ley antigua continuará vigente hasta que fenezca el proceso.

1.3. Retroactividad de la ley

El Diccionario de la Real Academia Española define: “**Retroactividad**: Se habla de retroactividad legal cuando una ley, reglamento u otra disposición obligatoria o general, dictada por autoridad de derecho o hecho, ha de extender su eficacia sobre hechos ya consumados, estos es, anterior en el tiempo a la fecha de su sanción y promulgación.”¹²

El principio de retroactividad de la ley, según el doctrinario Marco Gerardo Monroy Cabra: “consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la

¹² Real Academia Española, **Ob. Cit**; pág. 1269.

de su entrada en vigor. Es decir, que los efectos de la nueva ley alcanzan a un tiempo anterior al de su entrada en vigor.”¹³

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala indica que: “La retroactividad consiste en la traslación de la aplicación de una norma jurídica creada en un determinado momento, a uno anterior al de su creación, por lo que se contemplan ciertas situaciones fácticas pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su realización.

Existe cuando la nueva disposición legal vuelve al pasado para apreciar condiciones de legalidad de un acto, o para modificar los efectos de un derecho plenamente realizado.

Son leyes retroactivas aquéllas que vuelven sobre los efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior, y el sólo hecho de hacer referencia al pasado no es suficiente para calificarlas como tales, porque son las consecuencias nuevas las que se rigen por la ley nueva.”¹⁴

Ante tales consideraciones, se presentan las teorías que explican cuando una ley tiene efecto retroactivo.

¹³ Monroy Cabra, Marco, **Ob. Cit**; pág. 475.

¹⁴ Corte de Constitucionalidad Gaceta No. 20, expediente No. 364-90, página número 19, sentencia: 26-06-91, **Constitución Política de la República de Guatemala**, pág. 30.

a) **Teoría clásica de los derechos adquiridos**, ésta teoría indica que: “La ley es retroactiva cuando viola derechos adquiridos y no lo es cuando se limita a desconocer simples expectativas.

En cuanto al origen de esta teoría, se ha dicho que lo tuvo en la regla de Teodosio II que establecía que la ley debía aplicarse solamente a hechos futuros (*negotia futura*), pero no a los hechos pasados (*facta praeterita*), ni a los hechos en curso de constitución (*negotia pendentia*).

MERLÍN está considerado como el expositor más sobresaliente de esta teoría. Según él, una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior. No lo es, en cambio, si aniquila una facultad legal o una simple expectativa. Se distinguen tres conceptos jurídicos fundamentales: el de derecho adquirido, el de facultad y el de expectativa”¹⁵(sic).

Al respecto, el doctrinario Alberto Pereira Orozco expone: “Esta es la teoría adoptada por la legislación guatemalteca. Y gira alrededor de tres conceptos fundamentales:

- **El de derecho adquirido.** Son todos aquéllos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia forman parte de él y no pueden sernos arrebatados por aquel de quien lo tenemos.

¹⁵ Monroy, Marco, **Ob. Cit**; pág. 468.

- **El de facultad.** Cuando la ley no crea derechos a nuestro favor, sino, nos concede determinadas facultades legales.
- **El de expectativa.** Es una simple facultad no actualizada; es decir, la esperanza que se tiene de gozar de un derecho cuando éste nazca.”¹⁶(sic).

Por su parte los tratadistas Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquí señalan: “Una ley no puede vulnerar derechos adquiridos, salvo declaración expresa en contrario, pues entonces su aplicación sería retroactiva.

Esta doctrina opone los derechos adquiridos a las simples esperanzas o expectativas. Los primeros son aquellos que ya pertenecen a su titular y de los cuales nadie puede privarlo; las simples esperanzas son las posibilidades de adquirir un derecho cuando se realice el acontecimiento que ha de darle efectividad.

Los derechos adquiridos no pueden ser alterados por las leyes, las expectativas están sometidas a todas las contingencias y a todos los cambios de la legislación.”¹⁷

Rafael Rojina Villegas expresa: “En efecto, si fuera lícito a la ley cambiar todo un pasado jurídico regularmente establecido, no sería sino un instrumento de opresión y de anarquía.”¹⁸

¹⁶ Pereira Orozco, Alberto, **Introducción al estudio del derecho II**, pág. 164.

¹⁷ Mouchet, Carlos, Zorraquí, Ricardo, **Introducción al derecho**, pág. 280.

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 378.



La interpretación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en cuanto a la retroactividad, adopta la teoría de los derechos adquiridos y refiere: “La legislación guatemalteca, puede afirmarse, ha optado – entre las diversas teorías – por la de los derechos adquiridos, la que tiene, como todas las demás sobre esta materia, una conceptualización todavía imprecisa. Para que una ley sea retroactiva, es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos.

El derecho adquirido existe cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona; por el contrario, la expectativa de derecho es la esperanza o pretensión de que se consoliden tales facultades, beneficios o relaciones; en tal caso, el derecho existe potencialmente, pero no ha creado una situación jurídica concreta, no se ha incorporado en el ámbito de los derechos del sujeto. Por esto, el principio de irretroactividad sólo es aplicada a los derechos consolidados, asumidos plenamente, a las situaciones agotadas o a las relaciones jurídicas consagradas; y no a las simples expectativas de derecho ni a los pendientes o futuros.”¹⁹

b) **Teoría de Julián Bonnecase**, quien “propuso sustituir la noción de derecho adquirido por la situación jurídica concreta, y la de expectativa por la de situación jurídica abstracta. Dicho autor entiende por situación jurídica abstracta, la manera de ser teórica de cada uno, respecto de una ley determinada y explica que la característica

¹⁹ Corte de Constitucionalidad Gaceta No. 20, expediente No. 364-90, página número 19, sentencia: 26-06-91, **Ob. Cit**; pág. 30.

de esta situación es que aun no se han ejecutado las consecuencias jurídicas de la norma para sus beneficiarios *in genere*. Ahora bien, la situación jurídica concreta es la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual, al mismo tiempo, le ha conferido las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución”²⁰(sic).

Y añade: “La situación jurídica concreta como una realidad positiva o como la ley funcionando verdaderamente en provecho de una persona determinada. En cuanto a la retroactividad, si la nueva ley modifica situaciones jurídicas abstractas, no es retroactiva; y tampoco lo es si modifica situaciones jurídicas concretas, sin perjudicar a nadie, pero que sí lo será cuando se cause perjuicio a un tercero.”²¹

De esta tesis, Rafael Rojina Villegas explica: “Este autor en lo que se refiere al problema de la retroactividad, aplica su conocida distinción entre situaciones jurídicas abstractas y concretas, para considerar que la nueva ley puede modificar las situaciones abstractas, pero no debe alterar las concretas, ya que de lo contrario sería retroactiva. Se ha dicho que la situación jurídica abstracta, en realidad es la hipótesis de la norma, o bien dicho en otros términos, la situación contenida en potencia en la ley, que deberá actualizarse a través del hecho o del acto jurídico, cuya función consiste en poner en movimiento a la norma, para cambiar esa situación abstracta, transformándola en concreta. A su vez la situación concreta, es la actualización de la

²⁰ Monroy Cabra, Marco, **Ob. Cit**; pág. 477.

²¹ **Ibid**, pág. 478.

abstracta, referida a un sujeto determinado, gracias a la realización de un hecho o acto jurídico.”²²

Esta tesis es reprobada por García Máynez, quien: “critica la tesis de BONNECASE respecto a que no hay situaciones jurídicas abstractas, ya que toda situación jurídica nace de la aplicación de un precepto de derecho, y en este sentido, es siempre concreta. Abstracta es la norma legal, no la situación jurídica. Basta con declarar que *una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior*. Podría también decirse que la ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la ley precedente. La forma de expresión es diversa, pero la idea expresada es la misma, ya que la aplicación de una ley supone siempre la realización de su hipótesis.”²³(sic).

c) **Teoría de los hechos cumplidos:** “Según esta tesis, lo que interesa averiguar no es si un derecho ha sido adquirido, sino si un hecho ha sido realizado en vigencia de la ley anterior, porque las leyes operan directamente sobre los hechos o los actos para asignarles consecuencias jurídicas. Se trata, por cierto, de los hechos como elemento del derecho, y la solución consiste en declarar que hay retroactividad cuando una ley nueva suprime o altera los efectos ya producidos de un hecho anterior y cuando modifica para el porvenir uno de nuestros derechos en razón de un hecho pretérito.

²² Rojina Villegas, Rafael, **Ob. Cit**; pág. 385.

²³ Monroy, Marco, **Ob. Cit**; pág. 478.

El fundamento de esta teoría reside en que un hecho, cumplido de conformidad al ordenamiento imperante, es jurídicamente válido y debe ser tutelado por el derecho. En consecuencia, la ley nueva no puede, sin ser retroactiva, alterar hechos ya cumplidos, ni modificar las consecuencias ya realizadas de esos mismos hechos.”²⁴

d) **Teoría de las situaciones jurídicas.** Esta teoría ya no contempla los derechos ni los hechos, sino las situaciones jurídicas. Por situaciones jurídicas se entiende el conjunto de derechos y obligaciones sometido a la potestad de las normas, que cada persona tiene en una o varias circunstancias de su existencia. Entre las diversas teorías que parten de este concepto, el doctrinario PAUL ROUBIER, presenta la más acertada.

“Sostiene ROUBIER que las leyes se dictan para regular situaciones jurídicas, de tal manera que el problema de la retroactividad se plantea frente a esos modos de ser, cuya validez y existencia pueden verse afectados por las leyes nuevas. Como estas situaciones no se realizan, por lo general, en un solo momento, el derecho puede intervenir en una etapa de su desarrollo, y tendrá efecto retroactivo si altera lo que se ha ejecutado antes, y tendrá solamente efecto inmediato cuando modifique lo que ha de realizarse después de su vigencia.

Afirma este autor, que las leyes que constituyen o extinguen situaciones jurídicas son retroactivas, cuando modifican la eficacia o ineficacia jurídica de un hecho pasado. Y

²⁴ Mouchet, Carlos, Zorraquí, Ricardo, **Ob. Cit**; pág. 282.

cuando se trata de los efectos de situaciones jurídicas pasadas, la nueva ley no puede atacar los que ya se han producido en vigencia de la ley antigua, por la irretroactividad de la ley. En cuanto a los efectos futuros, cae dentro del campo de acción de las nuevas normas, sin que por ello exista retroactividad.”²⁵(sic).

Rafael Rojina Villegas expone al respecto: “La base de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo reside, según Roubier, en la distinción del efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. “Las normas legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican: “a) A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*);”²⁶ “b) A situaciones jurídicas en curso, los efectos se realiza al amparo de la ley anterior, antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (*facta pendentia*). Si la nueva ley se aplica a las consecuencias aun no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la precedente, aquélla no tiene efecto retroactivo, sino inmediato. En lo que respecta a los hechos futuros (*facta futura*) es evidente que la nueva ley nunca puede ser retroactiva.

Para Planiol, una de las formas de retroactividad de la ley se presenta cuando la nueva norma jurídica vuelve sobre el pasado, apreciando las condiciones de legalidad de un acto celebrado íntegramente bajo la vigencia de la ley antigua, tratando ya sea de modificar o suprimir ciertos efectos, o afectando la propia validez del acto jurídico. Este caso queda comprendido dentro de la doctrina de Roubier al referirse dicho autor al caso en el cual la nueva ley trate de modificar las condiciones de constitución o

²⁵ *Ibid*, pág. 284.

²⁶ Rojina Villegas, *Ob. Cit*; pág. 387.

extinción de una situación jurídica, calificándola entonces, por este sólo hecho”²⁷ “de retroactividad; pero esa hipótesis queda comprendida sólo en una especie de retroactividad, es decir, aquella en la cual la nueva ley se aplica a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*). Además, la otra especie comprende aquellas situaciones jurídicas en curso, que no pueden ser modificadas en cuanto a las consecuencias de derecho realizadas antes de la nueva ley (*facta pendentia*).

En realidad, el concepto de Planiol comprende también las situaciones jurídicas en curso, pues se refiere a la modificación de efectos ya realizados, que son justamente los que no pueden alterarse en el supuesto de que hubiese un cambio de legislación que viniera a afectar situaciones jurídicas que estuviesen en curso o proceso de desarrollo.”²⁸(sic).

e) **Criterio de Planiol.** “Para determinar con exactitud los casos en que hay realmente retroactividad, utiliza PLANIOL esta fórmula concisa y clara: “La ley es retroactiva cuando actúa sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado. Fuera de tales casos no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos anteriores, sin ser retroactiva”. ”²⁹(sic).

²⁷ **Ibíd**, pág. 388.

²⁸ **Ibíd**, pág. 389.

²⁹ Mouchet, Carlos, Zorraquí, Ricardo, **Ob. Cit**; pág. 284.



La Corte de Constitucionalidad de Guatemala contempla también este último criterio.

La retroactividad de la ley se instituye de manera expresa en el ordenamiento jurídico interno del Estado de Guatemala, en la Constitución Política de la República en su Artículo 15 Irretroactividad de la ley. “La ley no tiene efecto retroactivo, **salvo** en materia penal cuando favorezca al reo.”

De igual forma en la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 7 Irretroactividad. “La ley no tiene efecto retroactivo, ni modifica derechos adquiridos. **Se exceptúa** la ley penal en lo que favorezca al reo. Las leyes procesales tienen efecto inmediato, salvo lo que la propia ley determine.”

Esto hace inferir que en el ordenamiento jurídico interno de Guatemala, se dispone de manera expresa la retroactividad, y se aplicará en los casos en que la nueva ley de carácter penal favorezca al reo.

1.4. Aplicación inmediata de la ley

El principio de la aplicación inmediata de la ley, establece que: “La ley nueva rige sólo en el porvenir desde el día de su entrada en vigor, y no se permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que

esta última regía; los efectos de ella producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma quedan sujetos a esta, en virtud del efecto inmediato.

La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente, desde el día fijado para su entrada en vigencia. En dicho día termina la separación de los dominios de las dos leyes.

Las razones que justifican el efecto inmediato de la ley son las siguientes: a) la ley nueva se presume mejor que la antigua y, por ende, debe aplicarse en forma inmediata; b) la voluntad del legislador es que la ley nueva se aplique en forma inmediata; c) que de regir ilimitadamente la ley antigua se presentaría insalvables dificultades en la práctica.”³⁰

El doctrinario Alberto Pereira Orozco indica la interpretación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: “La regla general es que la ley es de aplicación inmediata y que rige para el futuro a partir de su promulgación; que se aplica en el presente, que no puede ser aplicada al pasado y que rige los efectos posteriores a su vigencia, aunque deriven de hechos anteriores a ella.”³¹

³⁰ Monroy Cabra, Marco, **Ob. Cit**; pág. 474.

³¹ Pereira Orozco, Alberto, **Ob. Cit**; pág. 159.



Esto hace concluir, que la ley es de aplicación inmediata cuando rige a partir de su vigencia; es irretroactiva cuando con el fin de garantizar la seguridad jurídica, las leyes no tiene efecto en cuanto a los actos y hechos anteriores a su promulgación; y es retroactiva cuando actúa sobre el pasado para apreciar las condiciones de legalidad de un acto o hecho, sea para modificar y suprimir los efectos de un derecho ya realizado.

Estos principios son determinados en el orden interno del Estado de Guatemala, de igual manera se observan a nivel internacional en los tratados o convenios internacionales, tema que es ilustrado en el siguiente capítulo de esta tesis.

CAPÍTULO II

2. Interpretación de la irretroactividad – retroactividad implícita en el derecho de los tratados internacionales

La irretroactividad y retroactividad de la ley son principios observados a nivel internacional y se reflejan en los tratados o convenios internacionales.

Este capítulo explica la irretroactividad y retroactividad en los tratados internacionales, la interpretación de la retroactividad e irretroactividad implícita en los tratados, y la irretroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.

2.1. Irretroactividad y retroactividad en el derecho de los tratados internacionales

En materia de tratados internacionales, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados suscrita en el año de 1969, codificó las reglas consuetudinarias más importantes e incorporó otras del Derecho Internacional Público.

Esta convención es uno de los cuerpos jurídicos más significativos en el Derecho de los Tratados Internacionales, ya que regula el nacimiento, vida jurídica y extinción de los tratados, así como las relaciones convencionales entre los Estados.



La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, reconoce a los Estados como sujetos capaces en el Derecho Internacional Público, para adquirir derechos y contraer obligaciones a través de la celebración de tratados internacionales. Además faculta a los Estados, para que en los textos de los tratados dispongan sobre la retroactividad e irretroactividad de sus disposiciones, con el cuidado de no contradecir el ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

No obstante, en el Derecho Internacional se dispone el principio de la irretroactividad como regla general de derecho, al respecto la tratadista Esperanza Orihuela Calatayud, expresa: "Existe la consagración formal del principio de la irretroactividad de la aplicación de las normas internacionales.

Esta irretroactividad, considerada como principio general del Derecho Internacional, encuentra su fundamento en la necesidad de seguridad jurídica que debe amparar a todas las situaciones o derechos adquiridos en virtud de la norma antigua o con anterioridad a la aparición a una norma. Se trata de un principio de prudencia legislativa con el que se intenta evitar que los cambios en el derecho o las nuevas regulaciones afecten a situaciones anteriormente justas."³²

El principio de la irretroactividad de la ley, establece que la ley no tiene efectos hacia el pasado, sus efectos deben sólo operar después de la fecha de su promulgación, a menos que se estipule expresamente su retroactividad.

³² Orihuela Calatayud, Esperanza, **Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo, consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales**, pág. 21.



La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, establece ambos principios (irretroactividad- retroactividad) en los tratados internacionales.

El Estado de Guatemala aprobó en el año de 1996 dicha convención, de conformidad con el Decreto número 55-96 del Congreso de la República, según publicación del diario oficial de fecha 29 de julio de 1996. Y se ratificó el 14 de marzo de 1997, según publicación del diario oficial de fecha 27 de agosto de 1998.

La irretroactividad y retroactividad se dispone en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en el Artículo 28.- Irretroactividad de los tratados. "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo."

De manera general, la Convención de Viena determina la irretroactividad de las disposiciones de los tratados internacionales, en relación a los actos o hechos que se hayan realizado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para un Estado Parte, así como para cualquier situación que en esa fecha haya dejado de existir.

Se indica al final del Artículo citado, la salvedad, que la retroactividad debe ser acordada expresamente en el propio tratado, es decir por los negociadores de los

Estados partes que manifiesten su intención de que ciertos preceptos del tratado tengan tal carácter.

Para acordar la irretroactividad y retroactividad del tratado, se deben considerar las disposiciones constitucionales internas de los Estados que aprobarán y ratificarán el tratado, para no contradecir las normas de derecho interno, sobre aquellas cuestiones que regula como irretroactivas y otras que expresamente regula como retroactivas.

Como principio general a aplicar es la irretroactividad de la ley, según la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, la “irretroactividad” se emplea de manera interpretativa en los tratados, y la “retroactividad” debe constar de manera expresa en el texto de los mismos o en otro documento.

La interpretación de las disposiciones de un tratado de forma retroactividad, sería contraria a toda idea de justicia, ya que una nueva norma internacional calificaría los actos o hechos realizados por un Estado, o privaría a una persona de los derechos y ventajas obtenidas bajo el régimen anterior.

Sin embargo, las disposiciones de un tratado podrían producir una sustancial modificación a los hechos, actos y efectos pasados, y por tanto implicaría una retroactividad, es decir aplicar la nueva ley por interpretación de manera “retroactiva” y que ésta calificará la legalidad de actos, hechos y efectos pasados realizados bajo el amparo de una norma anterior.

Entonces, la nueva ley puede producir efectos “de retroceso” sobre el pasado, de manera formal o material. Formal cuando el legislador dispone expresamente que la ley será retroactiva, disposición que indica a que actos, hechos o situaciones jurídicas está dirigida.

Un ejemplo de ello, es cuando los Estados partes de un tratado, pueden establecer la intención de que algunas de las disposiciones del tratado tengan efecto retroactivo, precisando en qué situaciones se aplicará así, determinado las reglas en el propio tratado, ya lo indica el doctrinario Francisco Villagrán Kramer: “Los tratados compromisorios, en los que los Estados establecen de manera expresa, el compromiso de arbitraje internacional una controversia que existe con antelación a la firma del compromiso y que deberá ser resuelta conforme a reglas del Derecho Internacional vigentes cuando se generó la controversia o que corresponde según llaman fecha crítica de la controversia. Es conviene tener presente que las reglas del conflicto establecidas en un tratado pueden precisarse en qué casos se aplicarán retroactivamente indicando las reglas específicas.”³³

La retroactividad puede constar expresamente en el propio texto del tratado o en otro documento, como en las actas o en la correspondencia posterior entre Estados.

De manera material o implícita cuando la nueva ley se aplica por interpretación sobre los actos o hechos y efectos realizados bajo el amparo de una norma anterior, ya que

³³ Villagrán Kramer, Francisco, **Derecho de los tratados**, pág. 77.

la nueva ley llega en cierto modo a calificar, modificar o transformar el contenido de los propios actos, hechos y efectos jurídicos, e inclusive apreciando si éstos se realizaron con legalidad.

2.2. Retroactividad implícita

Se ha dicho que la retroactividad debe constar expresamente (enunciado claro en la ley), sea por el legislador o negociador, para que ésta pueda ser válida y no se afecte la seguridad jurídica de las leyes.

No obstante, en algunos tratados internacionales sus disposiciones son interpretadas de manera “retroactiva”, sin que se haya contemplado expresamente. A esto se le llama retroactividad implícita de la ley.

“Existen ocasiones en las que la aplicación de las disposiciones convencionales de un tratado internacional con efectos retroactivos no viene contemplada expresamente en su texto sino que es algo que se desprende o se deduce del tenor de algunas de sus disposiciones. Ahora bien, los supuestos en los que cabe descubrir esta intención de la regulación del tratado son escasos, lo que sin duda confirma que las excepciones al principio de irretroactividad suelen producirse a través de su previsión expresada en el tratado.

En los Convenios de Seguridad Social, supuestos en los que resulta especialmente compleja la determinación de los límites temporales de la norma,³⁴ “como se presenta en algunas de sus disposiciones, ya que son aplicadas con efecto retroactivo. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando estos convenios reconocen al particular el derecho a una prestación en relación con hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y el derecho al pago de la misma respecto del período de tiempo transcurrido con anterioridad a esa fecha.

Otra intención de admitir la aplicación retroactiva del tratado cabría deducirse de lo establecido en el artículo 20.2 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha³⁵ “en Roma el 26 de octubre de 1961 y que España ratificó mediante instrumento de 2 de agosto de 1991.

En dicha disposición se establece que “un Estado contratante **no estará obligado** a aplicar las disposiciones de la presente Convención a interpretaciones, ejecuciones o emisiones de radiodifusión realizadas, ni a fonogramas grabados con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención en ese Estado, por tanto, parece deducirse la intención de admitir la aplicación retroactiva de las disposiciones convencionales de forma voluntaria por cada Estado parte. Esta disposición permitiría dar apoyo a las pretensiones de aplicación retroactiva que pudiera tener alguna de las partes.

³⁴ Orihuela, Esperanza, **Ob. Cit**; pág. 91.

³⁵ **Ibíd**, pág. 92.

Sin embargo también cabe la posibilidad de considerar la redacción establecida en esta disposición como expresión de la obligatoria irretroactiva del tratado.”³⁶

2.3. Irretroactividad implícita

La irretroactividad de la ley puede manifestarse de diferentes maneras, entre ellas, expresa, presunta e implícita. Resultando de interés la implícita.

La irretroactividad es expresa cuando se establece indiscutiblemente en el texto de la norma, estableciendo la “no retroactividad” de sus disposiciones. Esta forma de estipular la irretroactividad de la ley, está instituida en una norma jerárquica suprema, y manifiesta indubitablemente que las disposiciones de la nueva ley no podrán afectar, modificar o transformar los actos, hechos y situaciones realizadas al amparo de una ley anterior.

Un ejemplo de ello, se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 15. Irretroactividad de la ley. “La ley **no tiene efecto retroactivo**, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.”

Esta disposición manifiesta expresamente la irretroactividad de la ley en las distintas áreas del Derecho, sin embargo hace la salvedad estipulando de manera expresa la retroactividad de la ley en materia penal cuando favorezca al reo.

³⁶ *Ibid*, pág. 93.

La irretroactividad de la ley se fija en una norma constitucional, y ese principio se debe observar en la aprobación y ratificación de los tratados internacionales, salvo la excepción que conste de manera expresa y que sea compatible con la legislación interna de un Estado.

Por otro lado, la irretroactividad es presunta, cuando ésta no tiene necesidad de ser demostrada, ya que de forma general las normas no pueden aplicarse al pasado, por el principio de seguridad jurídica. La irretroactividad en las legislaciones se establece como una presunción en toda ley, salvo sus excepciones expresas.

Por irretroactividad implícita se entiende la que es deducible de interpretación de una norma en particular, siendo la establecida por el legislador en la ley o por un negociador en un tratado, pero debe ser explicada, y está íntimamente ligada a la irretroactividad presunta.

La irretroactividad implícita de la ley, se basa en el razonamiento o interpretación de una norma en específico, atendiendo a su texto, sentido propio de sus palabras, contexto y disposiciones constitucionales, exceptuando siempre las salvedades expresadas por el legislador constituyente.

En la irretroactividad implícita, las palabras del legislador son claras al expresar que la nueva ley no tiene efecto sobre actos, hechos o situaciones pasadas, no utiliza en su redacción el término legal “irretroactividad de la ley” o “no retroactividad de la ley”, sino

que se establece indicando que la nueva ley no generara derechos y obligaciones en relación a los actos, hechos y situaciones realizados bajo el imperio de una ley anterior.

En una norma internacional, en la que se establece la irretroactividad implícita, no se instituye el tenor literal de “no retroactiva” o “irretroactiva”, sino que se interpreta aclarando la norma, conforme al sentido propio de sus palabras, contexto del tratado, disposiciones constitucionales de cada Estado parte y al principio de seguridad jurídica, para concluir que el tratado no se aplicará a los actos o hechos realizados, ni a las situaciones que dejaron de existir antes del inicio de su vigencia.

Un ejemplo de irretroactividad implícita, se encuentra contenido en el Artículo 10.1.3 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, que establece: “Para mayor certeza, este capítulo no obliga a ninguna Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que ceso de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este tratado.”

2.4. Irretroactividad implícita en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana Centroamérica – Estados Unidos de América

El Estado de Guatemala a través del Decreto número 31-2005 del Congreso de la República de Guatemala, aprobó el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, por sus siglas en idioma español RD – CAUSA. Éste fue ratificado el ocho de agosto de 2005, por el Presidente de la



República de Guatemala. Y dicha ratificación, depositada en la Organización de los Estados Americanos el ocho de noviembre de 2005.

El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América inicia su período de vigencia en Guatemala, el uno de julio del 2006, de acuerdo a varias publicaciones del diario oficial.

De acuerdo a la investigación realizada se constató que en el texto del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América y en los documentos de aprobación y ratificación en Guatemala, no se acordó la retroactividad de sus disposiciones. Sin embargo, el tratado observa la regla general de la irretroactividad de la ley. Éste principio se estipuló de manera interpretativa en el Artículo 10.1.3 del capítulo 10 del tratado como “irretroactividad implícita”.

El Artículo 10.1.3 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América establece: “Para mayor certeza, este capítulo no obliga a ninguna Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que ceso de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este tratado.”

Conforme al tenor del Artículo 10.1.3 del tratado citado, los preceptos del mismo no son susceptibles de aplicarse retroactivamente, sobre aquellos actos o hechos realizados

antes de su vigencia, y tampoco a situaciones que dejaron de existir bajo el amparo de leyes anteriores.

La norma en cuestión, se refiere a la manifestación de voluntad de los Estados partes, que con el fin de mantener la seguridad jurídica, indica que las disposiciones de tratado citado, no se apliquen de manera retroactiva. Esto hace entender que los Estados no están obligados por el tratado en aquellos actos y hechos que tuvieron lugar o situaciones que hayan dejado de existir antes de la vigencia del mismo.

En consecuencia, los Estados en la celebración de un tratado internacional pueden disponer la irretroactividad o retroactividad en sus disposiciones, manifestación que puede hacerse de forma expresa o implícita.

De manera implícita se estableció la irretroactividad en el Artículo 10.1.3 del Tratado Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.

Con la vigencia del tratado en mención, el Estado de Guatemala sostiene controversias internacionales con un inversionista de los Estados Unidos de América, quien interpreta de forma retroactiva el tratado.

Ante ello, se debe hacer un estudio breve de las controversias que se pueden dar entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, así como los mecanismos de solución a nivel nacional e internacional, a los que acuden las partes en conflicto.



CAPÍTULO III

3. Controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado de Guatemala

Este capítulo expone las controversias que surgen en las relaciones entre inversionistas extranjeros y el Estado de Guatemala, se consideran las causas y posibles soluciones a sus diferencias a nivel nacional.

Asimismo, se explican las controversias y soluciones que se dan en el marco del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.

3.1. Sujetos que participan en la relación de inversión

Los sujetos que participan en la relación de inversión son el Estado de Guatemala y las inversiones.

3.1.1. Estado de Guatemala

El Estado de Guatemala guarda una íntima relación de cooperación, desarrollo económico, mejoramiento de condiciones laborales, dentro de un marco legal seguro para los negocios, esto lo hace a través de la celebración de tratados de libre comercio.



El Estado de Guatemala no sólo se relaciona con otros Estados económicamente, sino que también lo hace con los inversionistas de los Estados, quienes tienen una capacidad amplia para poder desarrollar una actividad económica en el territorio del Estado receptor, ya que se les han reconocido derechos en los tratados internacionales.

El ordenamiento jurídico interno de Guatemala, permite al Estado poder entablar relaciones comerciales con personas individuales o jurídicas extranjeras, las cuáles pueden ofertar en la contratación de bienes, suministros, obras y servicios públicos del Estado, como se estipula en La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, esta disposiciones son conforme al Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, que establece que los Estados Partes del tratado mantengan relaciones comerciales con los inversionistas de los Estados del citado tratado.

3.1.2. Inversionistas extranjeros

La inversión es una actividad de tipo comercial, en la que se emplea la propiedad de la persona con el objeto de destinar su capital, valores económicos, derechos, bienes o servicios, a las actividades de producción, intermediación y transformación de bienes o a la prestación de servicios, con la expectativa de obtener ganancias y asumir los riesgos en la negociación.



El doctrinario Osvaldo J. Marzorati menciona de la inversión extranjera: “como realización de un aporte de capital de riesgo. Al hablar de capital no sólo se hace referencia al dinero, sino que una inversión puede consistir en la adquisición de maquinarias, reinversión de utilidades, aporte de tecnología, patentes, instalación de sucursales, participación en sociedades ya constituidas.”³⁷

El aporte de capital de riesgo, es el que esta sujeto a una cierta eventualidad, ya que un inversionista siempre espera obtener utilidades y beneficios, pero corre el riesgo de adquirir también pérdidas.

Las ganancias no son de producción segura, sino que pueden existir factores de riesgos que den lugar a pérdidas, entre estas se mencionan las causas políticas que afectan las inversiones, entre ellas, la inconvertibilidad de la moneda, los problemas relacionados con la guerra interna en los Estados receptores, la expropiación a la inversión, el incumplimiento de los contratos, o la imposibilidad de remitir o repatriar el capital a su domicilio de origen. En virtud de estos problemas los Estados han previsto la protección de las inversiones, a través de beneficios otorgados en acuerdos estipulados en los tratados de libre comercio o acuerdos internacionales de inversión.

Ahora bien, la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 119 “Son obligaciones fundamentales del Estado: k) Proteger la formación de

³⁷Marzorati, J. Osvaldo, **Derecho de los negocios internacionales**, pág. 520.



capital, el ahorro y **la inversión**; n) Crear las condiciones adecuadas para promover **la inversión** de capitales nacionales y **extranjeros.**”

En tal sentido a nivel interno se emite la Ley de Inversión Extranjera, aprobada mediante Decreto número 9-98 del Congreso de la República, para cumplir con las disposiciones constitucionales y fomentar la inversión extranjera, con el propósito de que ésta sea fuente de transferencia de tecnología, de generación de empleo, crecimiento y diversificación de la economía del país.

El Artículo 1 de la Ley de Inversión Extranjera, Decreto número 9-98 del Congreso de la República, establece que la inversión: “Significa cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

- a) Acciones y cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción, en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación nacional;
- b) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- c) Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales;
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial,
- e) Concesiones o derechos similares, otorgados por ley o en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales.”

La inversión contribuye en el Estado de Guatemala de dos maneras, como inversión nacional y extranjera.

La inversión nacional es el aporte de capital en riesgo, realizado por personas individuales nacionales o personas jurídicas que se han constituido de conformidad con las leyes de Guatemala y tienen constituido su domicilio o el principal asiento de sus negocios en el Estado en el cual invierten su patrimonio, bienes, derechos o capitales, etc., con el fin de obtener ganancias y desarrollar una actividad económica.

La Ley de Inversión Extranjera, en su Artículo 1 numeral 2 establece en relación a inversión extranjera: “Es cualquier clase de inversión que implique toda clase de transferencia de capital a la República de Guatemala proveniente del exterior, efectuada por un inversionista extranjero. Queda comprendido asimismo dentro de este concepto, la reinversión que pudiera hacer el inversionista extranjero en el territorio guatemalteco, de cualquier renta o capital generado en Guatemala a través de su inversión.”

La Ley de Inversión Extranjera, preceptúa que la inversión puede operar de diferentes formas, las cuales no son de forma exclusiva, ya que existe una diversidad de maneras, como las que se mencionan en el Artículo 1 de la citada ley:

a) Acciones y cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción, en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación nacional;

- b) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- c) Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales;
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial;
- e) Concesiones o derechos similares otorgados por ley o en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales.

Otro cuerpo normativo que determina las formas que puede alcanzar una inversión es el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América que preceptúa en su Artículo 10.28 “Las formas que puede adoptar una inversión que incluyen:

- a) Una empresa;
- b) Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamo;
- d) Futuros, opciones y otros derivados;
- e) Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) Derechos de propiedad intelectual;
- g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h) Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamiento, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.”

Los sujetos que participan en las inversión extranjera son: a) personas individuales extranjeras; b) personas jurídicas extranjeras que participan en el Estado de Guatemala con capital extranjero; c) personas jurídicas extranjeras con personalidad jurídica legalmente constituidas en su país de origen y reconocidas por el Estado de Guatemala, y d) personas jurídicas extranjeras sin personalidad jurídica reconocidas por el Estado de Guatemala.

Es importante mencionar que los inversionistas extranjeros pueden ser las entidades conocidas como transnacionales, que tienen sedes en varios Estados o que son propietarios de acciones de sociedades constituidas de conformidad con la legislación del Estado receptor.

Osvaldo J. Marzorati indica que por sujeto de inversión extranjera es “toda persona capaz, es decir, ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta persona puede ser física o jurídica, siendo el único requisito exigido que su domicilio o asiento principal de los negocios no coincida con el lugar de la inversión, es decir que debe tratarse de no residentes del país en el cual invierten.”³⁸

El Artículo 1 numeral 3 de la Ley de Inversión Extranjera, establece: “Inversionista Extranjero: Significará la persona individual o jurídica extranjera así como entidades extranjeras sin personalidad jurídica, legalmente organizadas de conformidad con la ley del país de su constitución, que realicen una inversión extranjera en el territorio

³⁸ *Ibíd*, pág. 512.

guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas.”

Las personas jurídicas extranjeras que inviertan su capital en Guatemala deben estar constituidas de acuerdo a las leyes del país de donde provienen, y cumplir con los requisitos que establecen las leyes guatemaltecas.

Por otro lado, el ejercicio de la inversión extranjera, puede ser realizado de dos maneras, una directa y otra indirecta. La persona individual o jurídica extranjera, invierte directamente su capital, cuando se establece como tal en el Estado receptor de la inversión, en este caso los inversionistas extranjeros ejercen el control directo en sus actividades comerciales y sobre su capital en el territorio del Estado receptor.

La legislación guatemalteca permite el ejercicio directo de la inversión por las personas individuales o jurídicas extranjeras en actos de comercio, según se establece en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en los Artículos: 8 “Los extranjeros podrán ejercer el comercio y representar a personas jurídicas, cuando hayan obtenido su inscripción de conformidad con las disposiciones del presente Código. En estos casos, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos determinados en leyes especiales.”, y 214 “Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que deseen establecerse u operar e cualquier forma en el país o deseen tener una o varias sucursales o agencias, están sujetas a las disposiciones de este Código y de las



demás leyes de la República, y deberán tener permanentemente en el país, cuando menos, un mandatario.”

El ejercicio indirecto de la inversión, ocurre en el caso de que la persona individual o jurídica extranjera no ejerzan por sí misma la actividad comercial, sino simplemente invierte su capital extranjero en actos de comercio en el Estado receptor.

En Guatemala, la persona individual o jurídica extranjera puede participar indirectamente en los actos lícitos de comercio, un ejemplo de ello, es siendo socio de una sociedad constituida de conformidad con la leyes del Estado receptor de la inversión, tal como se preceptúa en el Artículo 19 del Código de Comercio de Guatemala, que establece: “Los extranjeros y las sociedades extranjeras, aunque no tengan domicilio en Guatemala, podrán participar como socios o accionistas de sociedades de cualquier forma, salvo lo dispuesto en este Código o en leyes especiales.”

La calidad de socio, le otorga el derecho de votar y decidir en las asambleas generales, en específico en las sociedades anónimas, allí es donde se establece quienes son los accionistas minoritarios o mayoritarios, los cuales pueden ser personas individuales o jurídicas, quienes a su vez pueden ser inversionistas nacionales o extranjeros. Las decisiones de dirección de la sociedad son tomadas por votación, si la mayoría de votos son decisiones de inversionistas extranjeros, ellos tienen el control directo de la sociedad.



Sí por el contrario, la mayoría de votos son decisiones de inversionistas nacionales, ellos tienen el control directo de la sociedad y los inversionistas extranjeros son considerados como accionistas minoritarios, quienes tienen a su vez el control indirecto de su inversión.

3.2. Relación de inversión

El motivo por el cual el Estado de Guatemala mantiene relaciones con los inversionistas extranjeros es con el propósito de alcanzar el crecimiento y la transformación de la economía del país a través del capital extranjero, ya que se busca el desarrollo a nivel cultura, intelectual, productivo y laboral.

La relación del Estado de Guatemala con el inversionista extranjero, en su mayoría es por motivo de la celebración de un contrato público de bienes, de suministros, de obra y de servicios públicos, o por permitir realizar determinadas actividades comerciales indicadas en un acuerdo internacional de inversión o de un tratado de libre comercio.

La relación de los inversionistas extranjeros con el Estado de Guatemala, consiste en la inversión de su capital extranjero en acciones, obligaciones o en la participación en una sociedad constituida de conformidad con las leyes de Guatemala, ésta última entidad nacional puede sostener con el mismo Estado de Guatemala una relación contractual de carácter público o privado.

3.3. Controversias entre las partes y mecanismos de solución

Las causas de los conflictos entre el Estado de Guatemala e inversionistas extranjeros pueden variar, sin embargo las controversias nacionales e internacionales más connotadas son las siguientes:

1. Incumplimiento de las estipulaciones de un contrato celebrado entre las partes.
2. Nulidad o anulabilidad de un contrato, por adolecer de falta de requisitos esenciales para su validez.
3. Incumplimiento de las disposiciones de un acuerdo internacional de inversión o de un tratado de libre comercio, aprobado y ratificado por el Estado de Guatemala. En estos acuerdos se otorgan beneficios a las inversiones extranjeras y la inobservancia, incumplimiento o violación de los compromisos adquiridos por los Estados partes, produce como consecuencia daños patrimoniales a la inversión, lo que usualmente deviene en una controversia entre el inversionista de un Estado parte con el Estado receptor de la inversión.

Con fundamento en lo anterior, surgen las desavenencias entre el inversionista y el Estado, y cada uno busca la satisfacción de su pretensión, provocando así el nacimiento de las hostilidades, diferencias, peleas y contradicciones, que se engloban en "controversias".



Los mecanismos de solución a las controversias que se desarrollan entre el Estado de Guatemala e inversionistas extranjeros son considerados en instrumentos jurídicos vigentes entre las partes.

Dependiendo la causa de la controversia y la voluntad de las partes en buscar la solución al conflicto, acuden a determinado instrumento jurídico y órgano facultado para resolver sus diferencias de carácter nacional o internacional.

a) **A nivel nacional**, se mantiene una igualdad entre el inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, para reclamar sus derechos.

Los conflictos pueden surgir en la administración pública del Estado de Guatemala y sus entidades respectivas, por las resoluciones administrativas, contratos y concesiones que se den.

Para ello, el inversionista extranjero en una controversia puede hacer valer su derecho ante el órgano administrativo correspondiente que dictó el acto o resolución que le es desfavorable, agotando así la vía administrativa, según se contempla en el Artículo 102 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de La República que establece: "Toda controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos, fianzas y seguros celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se someterán a la jurisdicción del Tribunal de lo

Contencioso Administrativo, **después de agotada la fase conciliatoria entre las partes y el procedimiento administrativo**”.

En caso que de haber agotado los recursos administrativos y la resolución continua siendo desfavorable para el inversionista extranjero, se instituye la solución de jurisdicción administrativa.

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es una forma de dirimir judicialmente la controversia relativa a los actos, resoluciones administrativas, contratos y concesiones administrativas, según se instituye en el Artículo 19 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96 del Congreso de la República:

“Procederá el **proceso contencioso administrativo**:

- 1) En caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.
- 2) En los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

Para que el proceso contencioso administrativo pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos.”

Asimismo, el Estado de Guatemala puede plantear también el proceso contencioso administrativo cuando por actos o resoluciones de las entidades públicas se dañen los intereses del Estado, según se contempla en el Artículo 20 de la citada ley: “Si el



proceso es planteado **por la administración por sus actos o resoluciones**, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre **que el acto o resolución haya sido declarada lesivo para los intereses del Estado**, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.”

De la misma manera, se indica en las reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio, República Dominicana – Centroamérica- Estados Unidos de América, Decreto número 11-2006 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 13 el cual reforma el Artículo 102 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado: “Salvo lo dispuesto en el Artículo 3 de esta ley, **toda controversia relativa al incumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los actos o resoluciones** de las entidades a que se refiere el Artículo 1 de la presente ley, **así como en los casos de controversias derivadas de contratos administrativos**, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, **se someterán a la jurisdicción del tribunal de lo contencioso administrativo.**” Tanto el Estado de Guatemala como el inversionista extranjero, pueden acudir al tribunal de lo contencioso administrativo para plantear sus controversias.

Las reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio, República Dominicana – Centroamérica- Estados Unidos de América, Decreto número 11-2006



del Congreso de la República, establece en su Artículo 14 el cual reforma el Artículo 103 del Decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado: **“Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral.”**

Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral.

Otra forma de solucionar las controversias relativas a un contrato público, es a través del arbitraje nacional, que consiste en un juicio de conocimiento jurisdiccional derivado de una relación jurídica legal o contractual.

Estas controversias surgen dentro del territorio del Estado receptor y por acuerdo de las partes los conflictos son sometidos a centros de arbitrajes nacionales o foros domésticos, es decir centros con domicilio en el Estado en conflicto, a través de una cláusula compromisoria estipulada en el contrato o en un convenio de arbitraje posterior.



También se dispone que las controversias que sean de carácter civil y en las que el Estado de Guatemala actúa como sujeto de derecho privado, se resolverán de conformidad con la jurisdicción ordinaria, es decir a través de los tribunales de justicia estatales competentes para conocer y resolver el conflicto.

Las reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio, República Dominicana – Centroamérica- Estados Unidos de América, Decreto número 11-2006 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su Artículo 15 que adiciona un nuevo Artículo 103 bis, al Decreto Número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas, el cual queda así: “Artículo 103 bis. **Jurisdicción Ordinaria.** Se considera de índole civil y de la competencia de la **jurisdicción ordinaria**, las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil y también aquellas que emanen de actos en que el Estado haya actuado como sujeto de derecho privado.”

b) **A nivel internacional**, las controversias se presentan cuando existe incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión, en las obligaciones emanadas de los tratados de libre comercio o acuerdos internacionales de inversión.

El inversionista extranjero, se encuentra protegido por dichos instrumentos por lo que tiene la potestad de incoar los mecanismos internacionales de solución de diferencias establecidos en los respectivos acuerdos internacionales.



En el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, las controversias surgen como consecuencia de incumplimiento a las disposiciones que protegen a los inversionistas, éstos al ser violados por los Estados partes, hace que los inversionistas pueden activar los mecanismos de solución de controversias establecidos en el mismo tratado.

Los inversionistas extranjeros al ver vulnerados sus derechos por los Estados receptores, buscan la indemnización y solución de sus reclamaciones a través de los medios pacíficos establecidos en el tratado, y en caso de no resolverse la controversia, el demandante (inversionista) puede someter su reclamación al arbitraje internacional, planteando así su demanda ante los centros de arbitrajes internacionales destinados para el efecto, centros que administran el procedimiento de arbitraje a través de los respectivos convenios adoptado previamente por los Estados.

En materia de inversión, Guatemala adquiere el compromiso internacional para someter determinados asuntos a decisiones arbitrales, de conformidad con el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América. Éste arbitraje esta regulado en el capítulo 10 sección B “solución de controversias inversionista – Estado” del tratado, allí se determina cuando el Estado de Guatemala puede incumplir o violar las normas del tratado relativas a inversión, facultándose únicamente al inversionista para que resuelva sus controversias con el Estado, a través de los mecanismos establecidos en el mismo tratado.

Dentro de estos mecanismos alternativos a la solución de controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala, de conformidad con el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, se encuentran los medios pacíficos, las consultas o negociaciones, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras personas de carácter no obligatorio, como la conciliación y mediación.

Si no son resueltas las controversias por los medios pacíficos el inversionista está facultado para recurrir al mecanismo jurisdiccional, sometiendo su reclamación al arbitraje, de conformidad con el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, por sus siglas CIADI; o a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, y a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas Sobre Derecho Internacional Mercantil por sus siglas CNUDMI.

Es de recalcar que previo a que el Estado de Guatemala se someta a un arbitraje internacional dispuesto en el Tratado de Libre Comercio de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, conforme al Convenio y al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI –, el Estado de Guatemala exige el agotamiento previo de los mecanismos administrativos internos del Estado de Guatemala, como condición a su consentimiento al arbitraje internacional en el CIADI, dado en la declaración II de ratificación del Convenio Sobre



Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Dicha ratificación fue firmada el 24 de julio de 2002, por el Presidente de la República de Guatemala y publicada en el diario oficial el tres de abril de 2003, y depositada ante el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento con fecha 21 de enero de 2003, fecha antes de la vigencia del Tratado de Libre Comercio de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.

El Estado formalizo una reserva al Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados para dar su consentimiento en someter una reclamación a arbitraje cualquiera que fuere la causa, inclusive las determinadas en el capítulo 10 del tratado en mención.

Esto hace entender que el Estado de Guatemala en el ejercicio de su derecho de defensa exija que antes que se conozca una controversia ante un tribunal arbitral internacional en el centro del CIADI, el inversionista y el Estado de Guatemala deben resolver a través de la vía jurisdiccional del Estado de Guatemala, cualquier controversia, y luego de agotada o terminada esta vía, debe iniciarse entonces el arbitraje internacional ante el CIADI. Se dispone entonces, que agotado el proceso contencioso administrativo con sus respectivas impugnaciones, debe luego plantearse

el arbitraje internacional dispuesto en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América.

3.4. Controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA y mecanismos de solución

El capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, regula la relación de los inversionistas con los Estados receptores, estableciendo derechos para el inversionista y obligaciones para los Estados; así como las causas de las controversias que pueden surgir entre las partes y los mecanismos de solución.

El capítulo 10 del tratado, está estructurado en tres secciones, la primera, es la sección A “inversión”, en ésta se establece su ámbito de aplicación, las normas sustantivas de inversión, la regulación de los derechos para las inversiones y las obligaciones para los Estados receptores.

La segunda, es la sección B “solución de controversias inversionista – Estado”, que contiene los mecanismos para solucionar las controversias entre el inversionista y el Estado receptor – parte del Tratado.

Y por último, la sección C “definiciones” que fija con claridad y precisión el significado de los términos utilizados en ese capítulo.

3.4.1. Capítulo 10 sección A “inversión”

En esta sección del tratado, se expone brevemente quienes pueden ser inversionistas; la participación de los Estados receptores en la inversión, los derechos que se regulan para las inversiones y las obligaciones que se imponen a los Estados Partes.

El Artículo 10.1 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, establece los sujetos que participan en la relación de inversión:

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

(a) los inversionistas de otra Parte;

(b) las inversiones cubiertas; y

(c) en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11, a todas las inversiones en el territorio de la Parte.

2. Las obligaciones de las Partes establecidas bajo esta sección se aplicarán a una empresa del Estado u otra persona cuando ejecuten una autoridad regulatoria, administrativa, u otra autoridad gubernamental que le sea delegada por esa Parte.

Para comprender a cabalidad la norma en referencia, se debe entender el significado de algunas palabras del Artículo anterior, y para el efecto el Artículo 2.1 del capítulo dos del tratado, establece que se entiende por una Parte: “**Parte** significa todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor este tratado.” Por lo que los derechos de los

inversionistas establecidos en este tratado, deben ser respetados por los Estados Partes, en los cuales el tratado ya haya entrado en vigencia.

El tratado debe observarse en las medidas (cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica), que apruebe o mantenga vigente un Estado en materia de inversión.

En los numerales 1 y 2 del Artículo 10.1, se describe a los sujetos que se les destinan los derechos y beneficios del capítulo 10 del tratado, y también se mencionan los sujetos que se encuentran obligados a respetar tales derechos en las leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas que aprueben o mantengan vigentes.

Entre los primeros sujetos se encuentran: a) los inversionistas de otra Parte; b) las inversiones cubiertas, c) todas las inversiones que se encuentre en el territorio de un Estado Parte, provenientes de un país que no sean Parte del tratado. En cuanto a los segundos sujetos, comprende a los Estados Partes receptores de la inversión.

En los tratados de libre comercio o acuerdos internacionales de inversión, se protege por excelencia al inversionista. En los convenios cada Estado asume el compromiso de protegerlos en su territorio, ya que los inversionistas son los destinatarios finales de la protección y no la inversión.

En los tratados de libre comercio y en los acuerdos internacionales de inversión son denominados inversionistas o inversores, estas pueden ser personas físicas o jurídicas.

En el tratado, no se indica de manera precisa en forma general que significa el término “inversionista”, sin embargo buscando sentido al término, se presenta la siguiente definición, son inversionistas o inversores como algunos acuerdos refieren: las personas individuales o jurídicas extranjeras que a su vez pueden ser personas de derecho público o privado, que pertenecen a un Estado Parte del tratado. Éstos sujetos pretenden realizar o están realizando o han realizado las actividades de inversión descritas en el tratado, en el territorio de otro Estado Parte llamado Estado receptor o Estado anfitrión.

El Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA, hace una clara distinción en relación a los inversionistas, según se estipula en el Artículo 10.1 numeral 1: (a) los inversionistas de otra Parte, (b) las inversiones cubiertas, y (c) todas las inversiones en el territorio de la Parte. Por lo que se exponen cada una.

El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, en el Artículo 10.1.1 literal (a), establece: “Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: (a) los inversionistas de otra Parte.”; para determinar quienes son los “inversionistas de otra Parte.”, el mismo tratado en su Artículo 10.28 establece el significado de: **“inversionista de una Parte:** Significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de

la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.”

Tal definición merece un análisis, para determinar quienes pueden ser considerados como inversionistas, en primer lugar se menciona que el inversionista puede ser “una Parte”, entendiéndose ésta por el Estado, el cual es parte del tratado.

En segundo lugar, establece a “una empresa del Estado de la misma”, conceptos que son necesarios definirlos de conformidad con el tratado, de acuerdo al Artículo 2.1 que establece: “**empresa** significa cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro, y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, conversión, u otra asociación.”

En el tratado el término “empresa” es empleado para referirse a una entidad o a una persona jurídica, y no en el sentido restringido como se emplea en la legislación interna de Guatemala, ya que “empresa” en el Código de Comercio de Guatemala, se le estima como aquel elemento mueble para llevar a cabo las actividades de la sociedad.

Ahora bien, al referirse “empresa del Estado”, se debe acudir igualmente al Artículo 2.1 del tratado que: “significa una empresa que es propiedad de una Parte, o que se

encuentra bajo el control de la misma, mediante derechos de dominio.” Esto da a entender que se refiere a una entidad pública de un Estado, que tiene el control de la misma, mediante derechos de dominio que puede estar sustentado a través de una ley, de acciones o participaciones sociales.

En tercer lugar se encuentra a “un nacional”, que es la persona individual, y de acuerdo al Artículo 2.1 del tratado se establece que: “significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de acuerdo con el Anexo 2.1 o un residente permanente de una Parte.”

El Anexo 2.1 del tratado establece: “Para los efectos de este tratado, a menos que se especifique otra cosa: **persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte** significa: “(d) respecto a Guatemala, un guatemalteco como se define en los artículos 144, 145 y 146 de la *Constitución Política de la República de Guatemala*.”(sic).

Por lo que la persona individual para ser inversionista debe pertenecer a un Estado Parte del tratado, como “un nacional”.

Igualmente se menciona “la residencia permanente en un Estado Parte”, por lo que estas disposiciones proteccionistas van más allá de la nacionalidad, al establecer que la persona individual que tenga su asiento permanente para habitar en el territorio de un Estado Parte, puede ser un inversionista.



Y en cuarto lugar, “la empresa de la Parte”, significa de acuerdo al Artículo 2.1 “**empresa de una Parte** significa una empresa constituida u organizada conforme a la legislación de una Parte.” Entendiéndose como una entidad constituida o creada conforme a la legislación de un Estado Parte del tratado.

Se concluye indicando que todas las personas anteriormente mencionadas pueden ser inversionistas, las cuales provienen de los Estados Partes del tratado, e intentan realizar, realizan o han realizado una inversión en el territorio de otro Estado Parte del tratado.

El Artículo 10.1.1 literal (b) instituye a las inversiones cubiertas: “Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: b) las inversiones cubiertas.”

El tratado en su Artículo 2.1 establece que es una inversión cubierta: “**inversión cubierta** significa, con respecto a una Parte, una inversión, de acuerdo a la definición del Artículo 10.28 (Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte existente en la fecha de entrada en vigor de este tratado o establecida, adquirida o expandida después de esa fecha.”

Se hace la inferencia que el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, protege a las inversiones de otra Parte existentes en la fecha de entrada en vigor de este tratado en su territorio, al referirse al

término “existente” el mismo tratado establece en su Artículo 2.1 “**existente** significa vigente a la fecha de entrada en vigor de este tratado.”

Las inversiones cubiertas son aquellas que se encuentren establecidas, adquiridas o expandidas en el territorio de un Estado antes o en la fecha de entrada en vigencia del tratado en el territorio del Estado Parte receptor, y asimismo protege a las inversiones establecidas, adquiridas o expandidas después de esa fecha. En ambos casos el Tratado les reconoce su actuación y le otorga los mismos derechos y beneficios sustantivos establecidos en el capítulo 10 del tratado, sin hacer discriminación entre ambas.

De acuerdo al Artículo 10.1 numeral 1 se establece: “Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: (c) en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11, a todas las inversiones en el territorio de la Parte.”

El Artículo 10.1 numeral 1 literal (c) del tratado, amplía las obligaciones para los Estados Partes, en las medidas que adopte o mantenga, en relación a los Artículos: 10.9 que regula los requisitos de desempeño, y el 10.11 que estipula lo relativo a la inversión y ambiente, obligaciones que el Estado receptor asume para las inversiones de las Partes y para todas las inversiones que se encuentren en su territorio, estas últimas inversiones no provienen de un Estado Parte del tratado en mención.

En el intitulado del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, se indica que países son Partes de éste, y el mismo se encuentra en vigencia en cada uno de los Estados Partes.

Existen otros Estados que no son Parte de este tratado, y que sus inversionistas son beneficiados en las medidas que adopte o mantenga un Estado Parte, en relación a los Artículos 10.9 y 10.11 del tratado.

Al referirse a las inversiones de los distintos países del mundo y que no son Parte del tratado, el Artículo 10.28 del tratado instituye: “**inversionista de un país que no sea Parte** significa, respecto de una Parte, un inversionista que intenta realizar, que está realizando o que ha realizado una inversión en el territorio de esa Parte, que no es un inversionista de una Parte.”

El Artículo 10.1 numeral 1 literal (c) del tratado, es una norma que contiene derechos para las inversiones de los Estados Partes del tratado, así como para los inversiones de cualquier Estado que no son Parte del tratado.

Por otro lado, el Estado receptor de la inversión, es el otro sujeto importante del capítulo 10 del tratado, ya que a éste se le impone el deber de respetar los derechos de las inversiones y está obligado a cumplirlos.

Estos sujetos son las personas jurídicas de derecho público que como entidades representativas del Estado reciben a la inversión en el territorio y participan en negociaciones con los inversionistas de los Estados Partes del tratado.

El Artículo 10.1 numeral 2 del tratado establece: “Las obligaciones de las Partes establecidas bajo esta sección se aplicarán a una empresa del Estado u otra persona cuando ejecuten una autoridad regulatoria, administrativa, u otra autoridad gubernamental que le sea delegada por esa Parte.”

Este artículo hace referencia a los entes que representan al Estado, mediante los cuales se realizan las negociaciones y se adquieren obligaciones establecidas bajo la sección A del capítulo 10 del tratado, concernientes a las inversiones de los Estados Partes.

El término “empresa”, ya ha sido definido, en cuanto al término “persona” referido en el artículo citado, el Artículo 2.1 del tratado, establece en cuanto a esta expresión: “**persona** significa una persona natural o una empresa; **persona de una Parte** significa un nacional o una empresa de una Parte.”

Conforme al Artículo 10.1.2 del tratado, se mencionan a las siguientes personas:

1. Una empresa del Estado: Se entiende por una entidad o persona jurídica del Estado;



2. Una persona que ejecute una autoridad regulatoria: Comprende a una entidad que norma las actividades de inversión, entre ellas se puede considerar para el caso de Guatemala, al Congreso de la República de Guatemala que emite leyes; los distintos ministerios de gobierno central que emiten reglamentos fundados en ley, y otras entidades estatales que establecen procedimientos a través de reglamentos o acuerdos.

3. Persona que ejecute autoridad administrativa. De acuerdo al ordenamiento jurídico guatemalteco, las entidades que tienen este carácter son los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que actúan ejerciendo actos de administración pública, entre otros. Sin embargo, de acuerdo al catedrático licenciado Hugo Calderón: "En Guatemala el Organismo Ejecutivo es el órgano principal de la administración pública en Guatemala, el cual constituye la centralización o concentración, pero la centralización no es absoluta sino que existen otros órganos que no son centralizados, por ejemplo los Municipios, la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, etc."³⁹

4. Persona que ejecute autoridad gubernamental que le sea delegada por el Estado Parte. Comprende a las autoridades de Estado que realizan actos de gobierno que les hayan sido encomendados, como proyectos designados por los distintos organismos que buscan cumplir con los intereses nacionales.

³⁹ Calderón, Hugo H, **Derecho administrativo I**, pág. 223.

La sección A del capítulo 10 del tratado es una parte sustantiva, porque contiene normas de protección para el inversionista, y se establece que el Estado receptor adquiere la obligación de respetarlas, estas obligaciones son denominadas en el derecho internacional como “normas de tratamiento”.

El concepto de norma de tratamiento se refiere al régimen legal aplicable al inversionista extranjero en el territorio del Estado receptor, es decir, aquel tratamiento que el Estado anfitrión se obligo a conceder al inversionista extranjero, a fin de asegurar el goce y disfrute de los beneficios concedidos en un tratado. Se entiende que son un conjunto de normas de conducta, que el Estado se ha obligado a adoptar.

En la sección A del capítulo 10 del tratado se indican las obligaciones sustantivas para los Estados Partes en relación a las inversiones, puesto que en esta sección del capítulo, en su totalidad se brinda beneficios y protecciones a las inversiones y a los propietarios de estas “inversionistas”, otorgándoles derechos a nivel nacional como internacional.

Es importante comentar que los beneficios establecidos en esta sección son únicamente para los inversionistas de los Estados Partes, y no se establecen derechos para los propios Estados, por lo que se observa una clara desventaja para los mismos, ya que en su mayoría son países en vía de desarrollo.

Los derechos que protegen a las inversiones extranjeras están basados en principios comerciales internacionales que se utilizan en la mayoría de acuerdos internacionales de inversión o de tratados de libre comercio, entre los principios más importantes de inversión, se encuentran evitar el trato discriminatorio, el de otorgar un trato nacional, un trato de nación más favorecida, el trato justo, equitativo, protección y seguridad plenas, y la regulación de la expropiación a las inversiones. Estos principios proteccionistas para las inversiones, se encuentran determinados en el capítulo 10, sección A del tratado.

Los Estados receptores al incumplir con las obligaciones contenidas en el tratado, violan los derechos de los inversionistas, los cuales al verse afectados económicamente, pueden exigir indemnización por las pérdidas ocasionadas, a través de los mecanismos de solución contenidos en el propio tratado.

3.4.2. Capítulo 10 sección B “solución de controversias inversionista – Estado”

El tratado estipula en la sección A del capítulo 10 los derechos para los inversionistas de los Estados Partes, derechos que al ser violados o incumplidos por los Estados, fueron la razón que motivo a los negociadores de los Estados y más con influencia de una potencia mundial, para instituir los mecanismos para solucionar las controversias entre las partes.



La solución de controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala en el marco del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América del capítulo 10 sección B, regula un sistema procedimental proteccionista para las inversiones.

El término “solución de controversias”, no solamente es entendido como la forma de dirimir un conflicto entre las partes, sino que es concebido como la serie de mecanismos o instrumentos legales ratificados por los Estados Partes para resolver una controversia de inversión.

En el presente tratado no se hizo de esperar por los Estados Partes, la forma para poder determinar posteriormente que instrumentos serían los que dirimieran los conflictos en materia de inversión. Por lo que el Estado de Guatemala al aprobar y ratificar el tratado aludido y de conformidad a su Constitución Política de la República, acordó que los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión, serían los estipulados en el capítulo 10, sección B “solución de controversias inversionista – Estado” del tratado.

En esta sección, se establecen los medios pacíficos y los medios jurisdiccionales para resolver las controversias. Entre los medios pacíficos se encuentran: La consulta, la negociación, la mediación y la conciliación; y entre los medios jurisdiccionales, esta determinado el arbitraje internacional.

Asimismo, se fija con bastante claridad las causas por las cuales se puede accionar los mecanismos de solución de controversias, de conformidad con la sección B del capítulo 10 del tratado, y se estipula quien esta legitimado para poder plantear una reclamación, y a su vez escoger entre los centros de arbitraje determinados en el tratado para solucionar las controversias a nivel internacional.

Una de las causas de conflicto entre las partes, esta determinada en el Artículo 10.5 del tratado, que establece: **“Consultas y Negociación”** En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.”

Este artículo hace referencia, en cuanto a las controversias que surjan en materia de inversión, entendiéndose de manera amplia, “cualquier conflicto que surja entre ambas partes”, inversionistas – Estado receptor, quienes deben “tratar” primero de solucionar sus discusiones a través de los medios pacíficos conocidos, tales como las consultas y las negociaciones, o con la intervención de terceras personas como la conciliación y la mediación.

Otras causas que originan controversias, se encuentran contenidas en el Artículo 10.16.1 literal (a) del Tratado de Libre Comercio República Dominicana –



Centroamérica – Estados Unidos de América, que establece: **“Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje**

1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

(a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue

(i) que el demandado ha violado

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión, o

(C) un acuerdo de inversión; y

(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta”.

Previo a analizar cada una de las causas por las que se pueden iniciar las controversias de conformidad con el citado artículo, es preciso determinar los significados de algunos términos, iniciando con “demandante y demandado”, y para ello el mismo tratado en el capítulo 10 sección C, en su Artículo 10.28, dispone las definiciones al respecto: “Para los efectos de este capítulo: **demandado** significa la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión; **demandante** significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte.”



El término “demandado” de conformidad con este Artículo, es entendido en el capítulo 10 del tratado, como el Estado receptor de la inversión ya que es Parte del tratado, y es a la vez parte de una controversia referente a una inversión.

El “demandante” es el inversionista de un Estado Parte del tratado, que desarrolla la actividad de inversión en el territorio de otro Estado receptor, y es parte de una controversia referente a su inversión.

Ahora bien, en el Artículo 10.16.1, se mencionan “las partes contendientes”, e igualmente el Artículo 10.28 del tratado establece las siguientes definiciones: “**parte contendiente** significa ya sea el demandante o el demandado; **partes contendientes** significa el demandante y el demandado.”

Se infiere con lo anterior, que una parte contendiente puede ser el inversionista de una Parte o el Estado Parte receptor de la inversión.

Uno de los mecanismos jurisdiccionales para solucionar los conflictos, es el arbitraje internacional, únicamente el inversionista puede someter su reclamación contra un Estado receptor al procedimiento del arbitraje de conformidad con los motivos instituidos en el mismo tratado, conforme al Artículo 10.16.1 literales (a) y (b).

En la literal (a) (i) del Artículo 10.16.1 del tratado, se determina que el sometimiento de la reclamación se hace por cuenta propia del inversionista, quien actúa en nombre

propio de su inversión, este arbitraje se lleva a cabo conforme a la sección B del capítulo 10 del tratado, cuando el Estado receptor ha violado:

1. Una obligación de conformidad con la sección A,
2. Una autorización de inversión, o
3. Un acuerdo de inversión.

El primer caso de reclamación, es entendido cuando el Estado receptor de la inversión ha violado una de las obligaciones contenidas en la sección A del capítulo 10 del tratado. Las obligaciones que deben observar los Estados Partes del tratado hacia los inversionistas de los Estados Partes son las siguientes: El trato nacional, el trato de nación más favorecida, el nivel mínimo de trato, el tratamiento en caso de contienda, la expropiación e indemnización, transferencias, requisitos de desempeño, altos ejecutivos y juntas directivas, inversión y medio ambiente, denegación de beneficios, medidas disconformes, y formalidades especiales y requisitos de información.

En el segundo caso de reclamación, se menciona el término “autorización de inversión”, el cual se encuentra definido en el capítulo 10 sección C, del Artículo 10.28 del tratado que dispone: “**Autorización de inversión**10 significa una autorización otorgada por las autoridades de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte; 10 Para mayor certeza, las acciones que tome una Parte para ejecutar leyes de aplicación general, tales como leyes de competencia, no se abarcan dentro de esta definición.”(sic).



El Estado de Guatemala, otorga las autorizaciones de inversión a través de las entidades del Estado correspondientes, dependiendo la actividad que el inversionista pretenda desarrollar en el país, así será la entidad del Estado encargada de otorgar la autorización de inversión, por ejemplo, si el inversionista o la inversión cubierta desean dedicarse a la actividad de exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos y minerales, tal autorización debe ser concedida por el Ministerio de Energía y Minas, a través de su dirección respectiva.

Otro ejemplo, la autorización para la concesión de operaciones petroleras, de igual forma corresponde al Ministerio de Energía y Minas, conceder dicha autorización, a través de la Dirección Nacional Petrolera.

Obedeciendo a la actividad que vaya a desarrollar el inversionista o la inversión cubierta, así será la autoridad encargada de conceder la autorización de inversión, siempre que el inversionista cumpla con los requisitos de las leyes guatemaltecas para dedicarse a dicha actividad. En estos casos, se concibe que el Estado receptor haya autorizado al inversionista el desarrollo de su actividad y objeto, o utilización de bienes estatales, a través de un acto o resolución administrativa.

La violación incurre cuando el Estado receptor incumple con la aprobación o permiso dado, afectando así el valor económico de la inversión o a la misma inversión en sí, constituyendo un motivo de reclamación internacional.



Y el tercer caso de reclamación, consiste cuando el Estado receptor ha violado un acuerdo de inversión, que ha sido concertado con el inversionista.

El término “acuerdo de inversión” se encuentra definido en el capítulo 10 sección C, Artículo 10.28 del tratado, que establece: **“Acuerdo de inversión** significa un acuerdo escrito⁸ que comience a regir en el momento o después de la fecha de la entrada en vigor de este tratado entre una autoridad nacional⁹ de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte que otorga a la inversión cubierta o al inversionista derechos: (a) con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y (b) sobre el cual la inversión cubierta o el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo escrito mismo.

⁸ “Acuerdo escrito” se refiere a un acuerdo por escrito y ejecutado por ambas partes que genera un intercambio de derechos y obligaciones vinculantes para ambas partes bajo la ley aplicable según el Artículo 10.22.2. Para mayor certeza, (a) un acto unilateral de una autoridad judicial o administrativa, tales como un permiso, licencia, o una autorización emitida por una Parte solamente en su capacidad reguladora o un decreto, orden o sentencia judicial; y (b) un acta u orden de transacción administrativa o judicial, no serán considerados como un acuerdo escrito.

⁹ Para los efectos de esta definición, “autoridad nacional” significa una autoridad a nivel central de gobierno.”(sic).

Es necesario realizar un examen a tal definición, ya que el acuerdo de inversión, contiene varias características que deben ser mencionadas:

1. El acuerdo consiste en la unión de declaraciones de voluntades, entre un inversionista y un Estado Parte, quienes deciden de común acuerdo adquirir un compromiso, en donde se van a establecer derechos y obligaciones, sujetándose a cumplir lo pactado.
2. Este acuerdo debe constar por escrito, como requisito esencial para su validez. El tratado deja una amplitud en la forma de celebración de tal acuerdo, sin embargo entendiéndose que participa el Estado que pacta: a) En relación a sus recursos naturales u otros activos controlados por sus autoridades nacionales; b) La admisión de la inversión en su territorio, o sobre el fundamento para el establecimiento o adquisición de una inversión. Se deduce que se deberá de observarse para su celebración la legislación interna de cada Estado Parte del tratado.
3. Este acuerdo escrito debe comenzar a regir en el momento o después de la fecha de la entrada en vigor de este tratado.
4. El acuerdo debe celebrarse entre el Estado receptor y la inversión de una Parte: Por el Estado receptor, interviene “una autoridad nacional”, y ésta se define como una autoridad a nivel central de gobierno. Y por la otra parte interviene, la inversión, que puede ser:

- Una inversión cubierta, o
 - Un inversionista de otro Estado Parte que otorga a la “inversión cubierta” derechos referentes a recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales, y sobre los derechos en el cual la inversión cubierta se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo de inversión escrito, o
 - A un inversionista de otro Estado Parte que otorga a otro “inversionista” derechos referentes a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y sobre los derechos en el cual el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo de inversión escrito.
5. El acuerdo de inversión genera derechos y obligaciones para ambas partes, según se determina en el Artículo 10.28, que instituye al Artículo 10.22.2 del tratado como el derecho aplicable, estableciendo en sí cuales son las normas ajustables según se expresa en este último artículo que establece: “Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta sección, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C), o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(B) o (C), el tribunal deberá aplicar:
- (a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o
 - (b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:

- (i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; 7 y
- (ii) las normas del derecho internacional, según sean aplicables.

7 La “legislación del demandado”, significa la legislación que un tribunal judicial doméstico o un tribunal que tenga la jurisdicción apropiada aplicaría en el mismo caso.”(sic).

Este orden de interpretación de la legislación aplicable en un acuerdo o autorización de inversión debe ser interpretado por un tribunal arbitral.

- 6. Se dispone en el tratado, que este acuerdo debe ser ejecutado por ambas partes, generando un intercambio de derechos y obligaciones vinculantes. Este acuerdo debe ser efectivamente cumplido por las partes.
- 7. El contenido del acuerdo de inversión entre el inversionista y el Estado, es el pacto que conlleva derechos y obligaciones en relación a la actividad de inversión que desarrollará el inversionista en el territorio del Estado Parte. Existen otros derechos que el Estado puede conceder al inversionista, entre estos está la explotación de sus recursos naturales u otros activos controlados a nivel central del gobierno receptor, así como sobre el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta.

En cuanto a literal (a) (ii) del Artículo 10.16.1 del tratado, se establece otra causa por la que puede ser sometida a arbitraje una reclamación, y esta surge cuando el

inversionista ha sufrido pérdidas o daños económicos en virtud de la violación a una obligación de la sección A del capítulo 10 del tratado; o violación a una autorización de inversión o un acuerdo de inversión, ya que materialmente se produce una pérdida del valor económico, causando daños como resultado de dicho incumpliendo.

El Artículo 10.16.1 del tratado, establece: **“Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje**

1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse un controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:
 - (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue
 - (i) que el demandado ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión; y
 - (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y
 - (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue
 - (i) que el demandado ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la Sección A,

- (B) una autorización de inversión, o
 - (D) un acuerdo de inversión; y
- (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.”

En las literales (a) y (b) del Artículo 10.16.1 se establece que el inversionista puede ejercer su derecho de someter una reclamación al arbitraje de las siguientes formas:

En primer lugar, en la literal (a) se menciona que el inversionista puede actuar por cuenta propia, ya que tiene el control directo sobre su inversión, esta inversión puede ser propiedad de una persona individual, o una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes del Estado Parte del cual proviene, la cual se establece en Guatemala como una inversión extranjera. En ambos casos actúa en nombre propio, y ejerce el control directo de su inversión. Estas personas se pueden ver afectadas por las causas de incumplimiento o violación expuestas anteriormente, por el gobierno del Estado receptor de la inversión.

En segundo lugar, se encuentra la literal (b) en la que el demandante “inversionista”, en representación de una empresa del demandado (una entidad constituida de conformidad con las leyes del Estado receptor de la inversión) que sea una persona jurídica propiedad del demandante (inversionista) o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá de conformidad con la sección B del capítulo 10 del tratado, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue:

- (i) que el demandado (Estado receptor) ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión; y
- (ii) que la empresa (la entidad constituida de conformidad con las leyes del Estado receptor de la inversión) ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

El inversionista puede someter una reclamación al arbitraje internacional, cuando éste actúa en representación de una entidad constituida de conformidad con las leyes del Estado receptor, siendo esta una persona jurídica (empresa de inversión), que esté bajo el control directo o indirecto del inversionista extranjero.

Al respecto del control de la entidad como anteriormente se mencionó, las decisiones de dirección de la entidad son tomadas por votación, si la mayoría de los votos son decisiones de inversionistas extranjeros, ellos tienen el control directo o total de la sociedad. Si por el contrario, la mayoría de votos son decisiones de inversionistas nacionales, ellos tienen el control de la sociedad y los inversionistas extranjeros son considerados como accionistas o socios minoritarios, quienes a su vez tienen el control indirecto de su inversión, quienes también tienen el derecho de reclamar las pérdidas por el monto de su inversión.

En la literal (b) del Artículo 10.16.1 del tratado en mención, se observa claramente una disposición bastante proteccionista para el inversionista extranjero, ya que su participación en la entidad, como propietario de su aportación, que en si constituye su inversión, independientemente que sea un accionista/socio mayoritario que tenga el control total de la entidad o un accionista/socio minoritario que no tenga el control indirecto de la entidad, sus acciones en sí, constituyen una inversión, por lo que en el tratado se le faculta para que en ambos casos puedan someter su reclamación a un arbitraje internacional de conformidad con la sección B del capítulo 10 del tratado.

La inversión puede ser propiedad de una persona individual extranjera o persona jurídica extranjera, ambas originarias de un Estado Parte del tratado, y su inversión puede participar como un porcentaje accionarial minoritario o mayoritario en una entidad constituida de conformidad con las leyes del Estado receptor de la inversión.

La inversión también puede consistir en el establecimiento de una entidad extranjera filial o sucursal que se establece como tal en el Estado receptor de la inversión, y que ha cumplido con los requisitos legales que exige su permanencia temporal o indefinida en el territorio del Estado receptor.

Estos inversionistas pueden demandar al Estado receptor de la inversión por haberse violado a) una obligación de conformidad con la sección A del capítulo 10 del tratado; b) una autorización de inversión, c) un acuerdo de inversión, y d) por sufrir pérdidas o daños en virtud de dicha violación.

El tratado establece que el inversionista de un Estado Parte, ostenta de la facultad para poder plantear la intención de arbitraje, no importando si es una persona individual o jurídica extranjera de un Estado Parte del tratado, que posea participación accionarial minoritaria o mayoritaria en una entidad constituida de conformidad con las leyes del Estado receptor de la inversión (empresa del demandado), ya que actúa en representación de una “empresa del demandado”, o por el contrario que el inversionista demanda por cuenta propia al Estado receptor, como una entidad extranjera filial o sucursal que se establece como tal en el Estado anfitrión de la inversión.

En todas estas formas de invertir, se permite que el inversionista pueda presentar su reclamación de arbitraje por habersele violado un derecho de conformidad con la sección A del capítulo 10, una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión y que como efecto de tales violaciones las empresas hayan sufrido pérdidas o daños.

Los mecanismos para solucionar las controversias entre los inversionistas y los Estados receptores, se encuentran contenidos en la sección B del capítulo 10 del tratado, entre ellos, los mecanismos pacíficos y jurisdiccionales. Los mecanismos pacíficos son: La negociación; la consulta, la mediación y la conciliación, dejando la potestad a las partes de efectuarlos.

El mecanismo jurisdiccional es el arbitraje internacional y se encuentra determinado en el Artículo 10.16 numeral 1 del tratado, después de haberse agotado o no los mecanismos pacíficos relativos a la solución de controversia referente a la inversión,

como lo son las consultas y la negociación, y de no llegarse a ningún acuerdo para su resolución, se le faculta únicamente al inversionista por cuenta propia o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante (inversionista) o que este bajo su control directo o indirecto, para accionar y someter una o varias reclamaciones al procedimiento de arbitraje internacional concerniente a las causas establecidas en el Artículo 10.16.1. (a) y (b) del tratado, y cuyas violaciones las haya causado el Estado receptor.

En conclusión, se establece que el demandante quien únicamente de conformidad con el tratado es el “inversionista” tiene la potestad de someter su reclamación al arbitraje. Esto hace inferir, que el Estado sólo puede ser el demandado y que se le veda el derecho de poder ser demandante a nivel internacional, en el caso que un inversionista no respete un acuerdo de inversión o una autorización de inversión, o no respete las normas del tratado y las leyes internas de un Estado Parte.

En la actualidad un inversionista de Estados Unidos de América, fundamentándose en las disposiciones del tratado, demanda internacionalmente al Estado de Guatemala por incumplir con las normas del mismo en los actos y hechos anteriores a su vigencia, situación que se presenta en el cuarto capítulo de esta tesis.

CAPÍTULO IV

4. Controversias entre Railroad Development Corporation contra el Estado de Guatemala

De la relación que sostiene el Estado de Guatemala con el inversionista Railroad Development Corporation proveniente de Estados Unidos de América, se han derivado varias controversias que son planteadas en el marco del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, y que son expuestas en este capítulo.

Se presenta un breve estudio del caso, determinando a las partes en conflicto; la relación de inversión que existe; las controversias y las causas que le dieron origen, los mecanismos nacionales e internacionales a los cuales las partes han recurrido para su solución.

4.1. Sujetos que participan en la relación de inversión

En la relación de inversión intervienen dos sujetos, el primero es “el inversionista” proveniente de los Estados Unidos de América, Estado Parte del tratado.

El segundo, es el Estado Guatemala que es receptor de la inversión y Parte del tratado.



4.1.1. Inversionista Railroad Development Corporation

Railroad Development Corporation es una compañía privada de inversión y de administración de ferrocarriles, constituida bajo las leyes de Pensilvania de Estados Unidos de América, y tiene operaciones en seis países entre estos, los Estados Unidos de América; Argentina; Perú; Guatemala, Malawi y Mozambique.

Sus actividades son la de administrar e invertir en ferrocarriles; busca la reparación, mantenimiento y uso del equipo ferroviario. El 100 por ciento de las acciones de Railroad Development Corporation son propiedad de Henry Posner III, quien es su representante legal.

Railroad Development Corporation actúa en nombre propio y en representación de la empresa de inversión en Guatemala, la cual es en una persona jurídica constituida conforme a la legislación guatemalteca.

4.1.2. Empresa de inversión

De acuerdo al tratado, la empresa de inversión por medio de la cual el inversionista actúa en el Estado de Guatemala, es la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., la cual está constituida conforme a las leyes de Guatemala. Su denominación legal es "Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima", conocida también como "Ferrovías de Guatemala".

Sus actividades son: Es el transporte general y transporte ferroviario, el transporte público de pasajeros y de carga; la administración de todo tipo de bienes de personas individuales y jurídicas, y promover el desarrollo y la explotación en todas sus formas de los valores mobiliarios e inmobiliarios, invertir en la fundación de nuevas empresas nacionales o extranjeras; participar como socio o accionista en cualquier clase de sociedad mercantil.

4.1.3. Estado de Guatemala

El Estado de Guatemala en la relación de inversión, interviene a través de la Empresa de Ferrocarriles de Guatemala.

El Estado ejerció pleno dominio y derecho sobre el sistema ferroviario y creó en 1969 para su administración y explotación la Empresa Ferrocarriles de Guatemala, mediante el Acuerdo Gubernativo de fecha 27 de diciembre de 1968 , dictado en Consejo de Ministros, por el Organismo Ejecutivo, se dispuso que los servicios públicos de transporte ferroviario, muellaje y demás operaciones portuarias que estuvieron a cargo de los Ferrocarriles Internacionales de Centro América, continuarán funcionando en lo sucesivo con el nombre de “Ferrocarriles de Guatemala” que abreviado se conoce como FEGUA, a la que se le considero como la empresa estatal, con el fin de cumplir con las finalidades esenciales del servicio público a su cargo.



FEGUA debía funcionar a través de normas legales que establecieran su estructura y organización, por lo que el Congreso de la República, emitió el Decreto número 22-69, en la que se indica que la Empresa de los Ferrocarriles de Guatemala, es una empresa estatal descentralizada, con personalidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones que provengan directa o indirectamente de la explotación de los servicios públicos de transporte ferroviario, servicios auxiliares, muellaje y demás operaciones portuarias que están a su cargo.

En éste decreto, se establece que el patrimonio de FEGUA, esta constituido por todos los bienes inmuebles, muebles, derechos y acciones que fueron adjudicados al Estado en la vía judicial por incumplimiento de la Empresa de los Ferrocarriles Internacionales de Centro América, transfiriendo las obligaciones derivadas del fideicomiso constituido a su favor, así como todos los bienes que obtenga por cualquier título y los que provengan por la explotación de los servicios a su cargo.

Después, el Congreso de la República de Guatemala considero que existían una serie de factores que habían venido influido negativamente en el desarrollo de la entidad, por lo que estimo necesario reestructurar dicha empresa estatal mediante la emisión de una nueva ley, que permitiera mejorar su desenvolvimiento y emitió la Ley Orgánica de la Empresa Ferrocarriles de Guatemala, Decreto número 60-72, con el fin de regular la administración y explotación del sistema ferroviario de Guatemala.



Ferrocarriles de Guatemala había prestado el servicio de transporte ferroviario y administrado los bienes muebles e inmuebles ferroviarios y no ferroviarios que conformaban su patrimonio, sin embargo, el transporte fue cada vez más deficiente, por razones de obsolescencia y deterioro del equipo e instalaciones, así como una insuficiente inversión realizada en la reconstrucción o modernización del sistema ferroviario, por lo que dichas consideraciones hicieron dictar el Decreto Ley número 91-84 emitido por la Jefatura de Estado, y se creó la Comisión Interinstitucional encargada de estructurar un plan nacional de desarrollo ferroviario.

El Decreto Ley, número 91-84 emitido por la Jefatura de Estado, crea la Comisión Interinstitucional encargada de estructurar un plan nacional para el desarrollo del transporte ferroviario del país, y de conformidad con el Artículo 1 en su literal b) se crean las siguientes funciones: “b) Establecer un programa de inversión para la adaptación y modernización de la Empresa de los Ferrocarriles de Guatemala – FEGUA –, adoptando un mecanismo de financiamiento efectivo y dinámico.”

Además, en este decreto ley se establece su intervención en el Artículo 4 “La intervención de la Empresa de los Ferrocarriles de Guatemala – FEGUA –, establecida de conformidad con el Acuerdo Gubernativo número 100-82 de fecha 1º de julio de 1982, ratificado por el Decreto – Ley número 162 – 83, a partir de la vigencia de este decreto – ley, continuará a cargo del Presidente de la Comisión creada, actuando los demás miembros como Asesores del mismo.”



Se disponen las facultades del interventor en el Decreto Ley número 91-84 emitido por la Jefatura de Estado en el Artículo 5 “El Presidente Interventor asumirá las funciones y atribuciones que conforme la Ley Orgánica de la Empresa corresponden a la Junta Directiva, al Gerente y a cualquier otro funcionario ejecutivo que hubiere. Asimismo le corresponde la representación legal de la empresa, tanto judicial como extrajudicialmente. Para tales efectos, toda referencia que la Ley Orgánica, su reglamento y demás disposiciones legales de la citada empresa, haga a la Junta Directiva y Gerencia, deberá entenderse como “la Intervención”, mientras dure ésta.”

4.2. Relación de inversión

La relación entre el inversionista “Railroad Development Corporation” y el Estado de Guatemala a través de “FEGUA” se dio de la siguiente manera.

Después de la firma de los Acuerdos de Paz, se puso fin al conflicto armado interno en Guatemala, esto permitió que el Estado a través de un proceso internacional de licitación pública, invitara al sector privado nacional e internacional a que le ayudaran a reconstruir su sistema ferroviario.

Por lo que el gobierno de Guatemala de esa época emitió el Acuerdo Gubernativo número 493-96 y su modificación en el Acuerdo Gubernativo número 254 – 97, que establecen un proceso de desincorporación, consistente en la separación de las funciones del organismo ejecutivo y de la administración pública central y de



entidades descentralizada, en las de tipo empresarial, industrial, agrícola y de servicios, con el objetivo de incrementar la solidez global de la economía y de la infraestructura productiva, el acceso a los servicios en un ambiente de competencia en Guatemala. Dentro de ésta separación se encontraban las de tipo empresarial, entre ellas, las encomendadas a FEGUA.

Esto hizo que FEGUA invitará a participar en el proceso de licitación pública a los oferentes en el año de 1997, para suscribir el contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario propiedad de Ferrocarriles de Guatemala.

Continuando con el proceso de desincorporación de los Ferrocarriles de Guatemala, con la anuencia del gobierno central, FEGUA se propuso dar en “usufructo oneroso” por un período máximo de 50 años, el uso, reparación y mantenimiento del equipo ferroviario de su propiedad.

FEGUA, en noviembre de 1997 invitó a la licitación pública para la celebración del contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario. Los oferentes participantes, comprendía en personas jurídicas nacionales o extranjeras.

De acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, se promovió la correspondiente licitación pública que comprendía el otorgamiento del contrato usufructo oneroso de la totalidad del equipo ferroviario para la prestación del transporte ferroviario a la compañía que presentará el



mejor servicio, de acuerdo a la capacidad, experiencia e incentivo para promover el funcionamiento de Ferrocarriles de Guatemala.

La Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., y su afiliada a Railroad Development Corporation presentó su oferta para el contrato de usufructo de equipo ferroviario, propiedad de Ferrocarriles de Guatemala.

La propuesta de Railroad Development Corporation, era la de restablecer el equipo ferroviario en Guatemala, a través del concesionamiento privado y su oferta representaba el compromiso de restablecer las operaciones de FEGUA por etapas, obligándose a un programa inicial de inversión en aproximadamente \$10, 000,000.00 de dólares.

De las ofertas presentadas, la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., fue la única presentada y el gobierno de Guatemala consideró interés en ella.

En acta, de la junta de licitación, se adjudica la licitación del "Contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario, propiedad de Ferrocarriles de Guatemala", a la única oferta presentada por la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., y la licitación pública fue aprobada según el Acuerdo de Intervención número 1 – 98, de fecha nueve de enero de 1998 emitido por Ferrocarriles de Guatemala, C.A.



El “Contrato de usufructo oneroso de bienes de utilidad ferroviaria, propiedad de Ferrocarriles de Guatemala”, fue firmado el 25 de noviembre de 1997 compareciendo por una parte el interventor de FEGUA, y por la otra parte el representante legal de la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., quedando comprendido el contrato en la escritura pública número 402, autorizada por el escribano de cámara y de gobierno.

En las bases de licitación se había determinado que el contrato requería como requisito ser aprobado mediante acuerdo gubernativo y su posterior publicación en el diario oficial.

Asimismo, el Congreso de la República de Guatemala considero que a través de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, se había promovido la correspondiente licitación pública para la adjudicación del contrato de usufructo oneroso de bienes de utilidad ferroviaria para la prestación del transporte ferroviario, por ello, posteriormente aprobó según Decreto número 27-98, dicho contrato entre el interventor de la entidad Ferrocarriles de Guatemala y la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima.

Luego, en escritura pública número 41 autorizada en la ciudad de Guatemala el 23 de marzo de 1999, por el notario Marco Antonio Comejo Marroquín, se acordó nuevamente un contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario, propiedad de FEGUA. En dicha escritura pública, comparece por una parte el interventor de FEGUA



y por la otra parte el representante legal de la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A.

En este contrato se acuerdan las siguientes estipulaciones: Se concretó la exoneración de impuestos, y se protocoliza un documento privado que detalla un listado de bienes de equipo ferroviario que paso a formar parte del contrato a través de una cláusula de protocolización, y las partes asumen el compromiso de inscribir los bienes en el Registro General de la Propiedad. Es meritorio hacer una observación, indicando que en la transferencia de equipo no se cumplió con lo establecido en el Artículo 90 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Seguidamente, el 28 de agosto de 2003, el interventor de FEGUA otorgo un nuevo contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, a la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, contenido en escritura pública número 143 autorizada en esta ciudad de Guatemala, por la Notaria Claudia M. Luther, y en el mismo contrato se da por terminado el contrato de la escritura pública número 41.

En este contrato se indican nuevas estipulaciones para el usufructo del equipo ferroviario propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, en el cual se considero que era innecesario que éste nuevo contrato fuera aprobado por el presidente de la República, mediante acuerdo gubernativo. En las cláusulas de este contrato se acuerda lo



siguiente: El Plazo es de 44 años, 8 meses, con 25 días. Inicia el 28 de agosto de 2003 y vence el 22 de mayo de 2048. Además, se estipulo que las controversias entre FEGUA y la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A. que surjan del presente contrato deberán ser resueltas por el Tribunal Arbitral de Equidad del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala, por sus siglas “CENAC”.

El siete de octubre de 2003, suscribieron las mismas entidades, la modificación del contrato contenido en la escritura pública número 143, a través de la escritura pública número 158, autorizada en la ciudad Capital por la Notario Claudia Mariela Marroquín Luther. En este contrato se establecieron las siguientes condiciones: Modificación de justiprecio del equipo ferroviario con un monto total de Q 503,770.00, quetzales, y la protocolización de un listado de equipo ferroviario.

4.3. Controversias nacionales y mecanismos de solución

El 26 de junio de 2005, la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A. inició dos juicios de arbitraje en contra de FEGUA por incumplimiento de contrato; uno por incumplir con retirar a los invasores del derecho de vía según las escrituras públicas números 402, 143 y 158, y otro por el incumplimiento por parte de FEGUA en el pago de las cantidades de dinero adeudadas al fideicomiso, según consta en la escritura pública número 820.



Ante tales demandas, el tres de enero de 2006, FEGUA planteó una acción de inconstitucionalidad, según el artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, que contiene disposiciones sobre arbitraje en contratos públicos.

Después, se dieron varios hechos en la administración pública, como los dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la Nación.

La Procuraduría General de la Nación, emitió opinión en el dictamen número 205-2005, dado en la ciudad de Guatemala el uno de agosto de 2005, en el que se indica que la escritura pública número 41 de fecha 23 de marzo de 1999, no entro en vigencia por no haber sido aprobado por el Ejecutivo, a través de un acuerdo gubernativo, tal como se establecía en las bases de licitación, y conforme al Artículo 96 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República. Se dispone que el contrato es lesivo para los intereses del Estado.

Se indica que en la escritura pública número 41 de fecha 23 de marzo de 1999, existen bienes protegidos por el Estado, que por ser bienes históricos e industriales, se encuentran protegidos por el Instituto de Antropología e Historia. Y en los bienes en el inventario realizado y protocolizado por las partes, no se sabe cuáles de ellos están o no están protegidos. Se comprometen a registrarlos en el Registro General de la Propiedad y no lo hacen, no hay constancia de ello.



Además agrega, que a FEGUA no se le permite supervisar la existencia física de los bienes y se ignora si el Instituto de Antropología e Historia tiene el control y supervisión de los bienes protegidos y otros que puedan alcanzar la calidad de patrimonio cultural.

Y finaliza su opinión diciendo que el contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, contenido en escritura pública número 143, de fecha 28 de agosto de 2003 y su modificación contenida en escritura pública número 158 de fecha siete de octubre de 2003, no se podía basar en la licitación anterior, si no en el derecho civil, según el Artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, que se refiere a la jurisdicción ordinaria.

Corresponde una licitación para cada evento, pero no se puede pretender usar la misma licitación para 4 años de diferencia, de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que se debió aprobar el contrato por la Junta Directiva anterior; pero siendo que la institución está intervenida es un caso sui generis, que la Ley de Contrataciones no contempla, por lo que debió aprobarla el interventor. Consecuentemente el proceso de licitación y el contrato no surtieron ningún efecto.

Más tarde, la Procuraduría General de la Nación, emite una nueva opinión a través del dictamen número 749 – 2005, dado en la ciudad de Guatemala, el 12 de septiembre de 2005, aclarando el contenido del inciso b/2 del dictamen No. 205 – 2005, de fecha uno de agosto de 2005.



Indica, que en la escritura pública número 143 en su segunda cláusula no establece con claridad la cita del Artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado. Por lo que no se puede deducir que FEGUA actuaba como un ente privado, aspecto que no se deduce en la escritura. En cuanto al tema arbitral, indica estecé a lo establecido en el Artículo 71 del Acuerdo Gubernativo número 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Otro hecho importante, fue el dictamen de Ferrocarriles de Guatemala, de fecha 13 de enero de 2006. En este, FEGUA solicita que se declare la lesividad del contrato denominado contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario propiedad de FEGUA, contenido en la escritura pública número 143 y su modificación en la escritura pública número 158, ya que no fue objeto de licitación como se establece en la Ley de Contrataciones del Estado.

Se utilizaron las bases de licitación del año de 1997, que sirvieron para el faccionamiento del contrato número 41, dicho contrato no entro en vigencia por no haber sido aprobado por el Presidente de la República, el cual finalizó por la simple declaración de las partes.

Además el contrato en escritura pública número 143 no fue aprobado según el Artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado. No existía según ellos (las partes) la necesidad de aprobación por autoridad superior alguna o del mismo interventor.



Y finaliza indicando, a pesar de que el objeto del contrato recayó sobre la disposición de bienes del Estado otorgados a un particular mediante la figura del usufructo oneroso, se dio una naturaleza diferente al contrato como si el Estado actuase como sujeto de derecho privado, violando leyes constitucionales y de materia.

Y por último, otro hecho en la administración pública fue el del Ministerio de Finanzas Pública de Guatemala, en su dictamen número 181 – 2006 de fecha cuatro abril de 2006, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Bienes del Estado y Asesoría, quien opinó que la escritura pública número 41 suscrita, que contiene el usufructo oneroso celebrado entre FEGUA y Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., no fue aprobado por medio de acuerdo gubernativo, tal como quedo establecido en las bases de licitación, ni fue aprobada por la entidad superior de FEGUA, según se establece en la Ley de Contrataciones del Estado. Éste contrato no fue aprobado por el Presidente de la República, por lo que el proceso de licitación quedo inconcluso y nunca nació a la vida jurídica.

El proceso de licitación no era una base jurídica para celebrar el contrato en escritura pública número 143, ya que no existía un acuerdo gubernativo de la escritura pública número 41.

La Ley de Contrataciones del Estado, establece que se puede llevar a cabo un proceso de licitación para cada evento, pero utilizar el mismo proceso de licitación no es factible pues las contrataciones varían y las condiciones también, contradiciendo a lo

preceptuado en el Artículo 19 de la ley mencionada. En la escritura pública número 143, no se observa el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como no se presta atención al procedimiento para la entrega de bienes del Estado, conforme con el Artículo 90 de la misma ley, ya que solo se protocolizó un listado de bienes.

Además, la escritura pública número 143 no fue aprobada por el Presidente de la República, ya que en la escritura se establece que el interventor de ferrocarriles de Guatemala tenía facultades necesarias para suscribir el contrato. Y la misma debió haber sido aprobada por medio del acuerdo gubernativo, según el Artículo 48 de la Ley de Contrataciones. Dieron por terminado el contrato y debieron elaborar nuevas bases para convocar un nuevo evento.

Al Estado le corresponde dentro de sus facultades anular o declarar la nulidad de actos propios, en los casos en que haya violado la ley o se perjudique los intereses públicos.

Asimismo, no se respetó el principio de legalidad y se limitó el derecho de la participación de otros oferentes que hubieren representado mayores beneficios económicos para el Estado, por lo que queda sin efecto las escrituras públicas números 143 y 158.

Por lo que el interventor de FEGUA de ese período, solicita al Cuerpo Consultivo de la Presidencia de la República de Guatemala, el 26 de Abril de 2006, se sirva solicitar al señor Presidente de la República de Guatemala, declare la lesividad del contrato



contenido en la escritura pública número 143 y su modificación en escritura pública número 158, autorizadas por la Notaria Claudia Mariela Marroquí Luther.

Al respecto, el Presidente de la República, con base en el informe rendido por el Interventor de la Empresa de Ferrocarriles de Guatemala, y los dictámenes emitido por la Procuraduría General de la Nación, se determina que el contrato ya identificado es lesivo para los intereses del Estado, por lo que en ejercicio de sus funciones se publica en el diario oficial, el viernes 25 de agosto de 2006, el Acuerdo Gubernativo número 433-2006, en la que el Presidente de la República acuerda declarar lesivo para los intereses del Estado de Guatemala, el “Contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario propiedad de Ferrocarriles de Guatemala celebrado entre Ferrocarriles de Guatemala y la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima”, contenido en la escritura pública número 143 de fecha 28 de agosto de 2003 y su modificación contenida en la escritura pública número 158 de fecha siete de octubre de 2003, ambas autorizadas en esta ciudad por la Notaria Claudia Mariela Marroquín Luther.

Ante esto, se faculta al Procurador General de la Nación, para que promueva y ejecute todas las acciones legales que en derecho correspondan con la finalidad de dejar sin efecto el contrato relacionado y en su caso, deducir las responsabilidades pertinentes.

Posteriormente se presenta la demanda en la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el proceso número de causa 389 – 2006 a cargo del

oficial segundo, con el fin de que se confirme la lesividad del contrato. Las partes que devienen en la controversia nacional son: por una parte la Procuraduría General de la Nación, representando los intereses del Estado, y por la otra parte la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima.

En la demanda se indica que en los contratos de las escrituras públicas 143 y 158, FEGUA a través de su interventor entregó todo el patrimonio de la institución en usufructo por un plazo de 44 años 8 meses y 25 días, sin contar con la aprobación del Organismo Ejecutivo y sin observar los procedimientos de licitación establecida en la ley. Se señala que del contrato de la escritura pública número 402, fue ampliada y modificada con la suscripción de la escritura pública número 41.

De la escritura pública número 41, indica la Procuraduría General de la Nación que ésta jamás surgió a la vida jurídica, ya que no fue aprobada por el Organismo Ejecutivo a través del acuerdo gubernativo como lo requerían las bases de licitación, e indica que la lesividad puede ser declarada por violación a la ley y por perjuicio económico partiendo siempre de que existe una afectación al interés de la colectividad.

La Procuraduría General de la Nación, establece que no se observo legalidad ante estos contratos, por lo que se violento el ordenamiento jurídico del país. Esto genera la nulidad de pleno derecho de la referida negociación, ya que constitucionalmente los contratos y concesiones que recarga sobre los servicios públicos deben ser aprobados por el Organismo Ejecutivo.



Y continua agregando la Procuraduría General de la Nación, al momento de la suscripción del contrato no se había descrito ni identificado en su totalidad todos los bienes dados en usufructo, en contravención a lo establecido en el Artículo 90 de la Ley de Contrataciones del Estado, que obliga a toda negociación que conlleva la afectación de bienes públicos.

En estos contratos existen circunstancias tanto de forma como de fondo que son contrarias al derecho público interno, las cuales lesionan los intereses jurídicos y económicos del Estado, en general y en particular los de ferrocarriles de Guatemala. Y se contradice el Artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Se autorizaron las bases de un contrato que de común acuerdo dieron por terminado, cuando lo que correspondía era elaborar nuevas bases y convocar a un nuevo evento en el que participaran otros oferentes. El interventor de FEGUA, no cumplió con la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, toda vez que en su calidad de interventor no lo facultaba para actuar sin acatar las leyes que le fueren inherentes. La Procuraduría General de la Nación solicita al órgano jurisdiccional que dicte la sentencia en la que se declare que los contratos contenidos en las escrituras públicas números 143 y 158 son nulos de pleno derecho. Y se reintegren recíprocamente lo que hubieren recibido ambas partes.

La Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, luego de ser emplazada, interpone las excepciones previas de: Incompetencia, fundamentándose en los

Artículos 49, 50 y 51 de la Ley de Arbitraje y 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, y la excepción de demanda defectuosa, las cuales son resueltas declaradas sin lugar por la Sala respectiva.

Más tarde, la Compañía Desarrolladora Ferroviaria Sociedad Anónima, contesto en sentido negativo la demanda planteada por la Procuraduría General de la Nación, ya que el acuerdo gubernativo que declara la lesividad del contrato en escritura pública número 143 y su modificación en la escritura pública número 158, fue declarado de forma ilegal y carente de legitimación, violando así sus derechos. La Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tiene por contestada la demanda en sentido negativo, y abre a prueba el proceso por el plazo de 30 días. Actualmente se encuentra en esta fase el proceso.

4.4. Controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA y mecanismo de solución

Las controversias entre las partes se da a nivel internacional, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, por sus siglas en español CIADI, con sede en Washington, Estados Unidos de América.

Una de las partes es el inversionista Railroad Development Corporation, quien actúa por cuenta propia y en nombre de su representada, “Compañía Desarrolladora Ferroviaria Sociedad Anónima”, que es la empresa de inversión. Y por la otra parte, el



Estado de Guatemala, quien actúa a través de la representación de la firma de abogados en Washington denominada: Arnold and Porter firm.

En la intención de arbitraje, presentada por Railroad Development Corporation en la Dirección de Administración de Comercio Exterior del Ministerio de Economía de Guatemala, se indica que la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima de acuerdo al tratado es la empresa del demandado o empresa de inversión, y Railroad Development Corporation es el inversionista, quien tiene el control directo de la empresa de inversión, ya que es propietario del 82% de las acciones de la entidad y el 18% restante está dividido entre 65 inversionistas guatemaltecos.

El inversionista, alega que el gobierno del Estado de Guatemala ha incumplido las obligaciones de los Artículos: 10.3 Trato nacional, 10.5 Nivel Mínimo de Trato y 10.7 Expropiación e Indemnización de la sección A, del capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA, en actos que le han perjudicado significativamente en su inversión, la cual fue realizada en la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima.

La Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A. indica que desde que inició el usufructo, el Estado Guatemala a través de FEGUA, ha incumplido a sus obligaciones conforme las escrituras públicas números 143, 158 y 820 ésta última es relativa a un fideicomiso. Según el inversionista, FEGUA ha incumplido en retirar a los invasores del derecho de vía, como se obligó contractualmente y a los pagos del fideicomiso otorgado por la



citada escritura pública número 820, ya que hasta febrero de 2007 el saldo vencido y adeudado por el Estado de Guatemala supera los \$3, 000,000.00 de dólares.

Además, existen otros hechos que se dieron antes de la vigencia del tratado y que el inversionista argumenta que le fueron desfavorables, por ejemplo: Que el uno de agosto de 2005, el Procurador General de la Nación emitió opinión para declarar la lesividad de los contratos las escrituras públicas números 143 y 158, conforme a las leyes de Guatemala; que el 13 de enero de 2006, FEGUA emitió una opinión legal, en la cual estaba de acuerdo con la opinión del Procurador General de la Nación, acerca de la lesividad y argumentaba además que los contratos de usufructo no habían sido otorgados como resultado de un proceso de licitación pública.

En consecuencia, FEGUA solicitó al Presidente de la república de Guatemala que declarara oficialmente la lesividad, con base en las opiniones legales de la Procuraduría General de la Nación.

Por lo que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros de su gabinete, firmó el Acuerdo Gubernativo número 433 – 2006, de fecha 11 de agosto de 2006, declarando el contrato de usufructo del ferrocarril, lesivo para los intereses del Estado.

La declaración de lesividad fue publicada en el diario oficial el 25 de agosto de 2006, la cual fue emitida después de que el Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA entrará en vigor entre los Estados Unidos de América y El Estado de Guatemala.

Para el inversionista estos actos son violaciones al capítulo 10 sección A del tratado, ya que la declaración de lesividad constituye un tipo de expropiación indirecta conforme al Artículo 10.7, y viola las obligaciones de un trato nacional según el Artículo 10.3, y la obligación de dar un nivel mínimo de trato como se establece en el Artículo 10.5 del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA.

Además, agrega el inversionista, que otro resultado de la declaración de lesividad es que incluso cuestiones legales comunes resultan ahora en amparos y otras medidas precautorias dictadas por los jueces guatemaltecos, basados en la expectativa de que la “Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A.” se declare en quiebra y se disuelva o que el gobierno la obligue a cerrar operaciones y transferir sus activos a interés privados en Guatemala. Ya que el 19 de septiembre de 2006, la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A., fue demandada por un invasor que argumentaba ser propietario de un terreno a la orilla del río, área que corresponde al derecho de vía en usufructo. El juez, en beneficio de la otra parte, ordenó todas las medidas precautorias existentes en contra de la entidad aludida, sin dar siquiera una oportunidad a que ésta presentará su defensa.

Como consecuencia de la declaración de lesividad, se da que en estos procesos judiciales se viole la obligación de nivel mínimo de trato requerido según el Artículo 10.5, capítulo 10 sección A del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA, que requiere un “trato justo y equitativo”, que exigen los sistemas legales elementales del mundo.



Railroad Development Corporation y a la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A. indican que se les denegó el debido proceso dentro de los estándares internacionales y al respeto de las garantías legales, por un intento de apoyar intereses privados en Guatemala, por medio de la declaración de lesividad, esto hace que sea contrario al espíritu y al propósito del Artículo 10.3 sobre el trato nacional, el cual requiere que Guatemala trate a los inversionistas internacionales de igual manera que a sus inversionistas nacionales.

Estas violaciones hacen que el inversionista reclame del Estado de Guatemala una compensación por los daños causados, por la cantidad de \$65, 000,000.00 de dólares, especificados de la manera siguiente:

1. No menos de \$15, 000,000.00 de dólares como indemnización por su inversión en la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A. hasta la fecha, más el flujo de efectivo descontado por su futuro flujo de ingresos por el monto de \$50, 000,000.00 de dólares, como se establece en el plan comercial presentado por Railroad Development Corporation y reconocido por Guatemala como parte de la propuesta de Railroad Development Corporation a la licitación, montos que en total constituyen los daños causados o que se origina de la declaración de lesividad y otras medidas indebidas por parte de Guatemala, las cuales violan sus obligaciones contenidas en la sección A de capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA.
2. Costos vinculados a estas diligencias, incluyendo todo honorario profesional, costas y demás gastos.



El Artículo 10.16.1 del tratado, indica que el inversionista puede someter sus controversias relativas a violaciones o incumplimientos del tratado, por cuenta propia o en nombre de su representada a un arbitraje internacional, demandando al Estado Parte receptor de la inversión, con el fin de obtener la reparación de los daños que solicita, conforme con lo establecido en el numeral 2 literal (d) del citado artículo, por lo que el demandante (inversionista) de conformidad con el numeral 3 del mismo artículo, puede someter su reclamación conforme al Convenio del CIAI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado (Estado de Guatemala) como la Parte del demandante (El Estado del inversionista) sean partes del Convenio del CIADI. En el caso concreto, ambos Estados son parte del convenio de CIADI.

Conforme a la página web del CIADI, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> es posible identificar el arbitraje internacional entre el inversionista y el Estado de Guatemala como Arb/07/23, detallando como demandante a: Railroad Development Corporation, y demandado a: El Estado de Guatemala.

Las referencias del caso son las siguientes:

1. Tema de la controversia: Contrato de concesión del ferrocarril del Estado de Guatemala.
2. Fecha de registro: 24 de abril de 2008.

3. Tribunal arbitral: Compuesto por las siguientes personas:

- a. Presidente: Andrés Rigo Sureda (de nacionalidad español);**
- b. Stuart E. Eizenstat (de nacionalidad estadounidense), y**
- c. James R. Crawford (de nacionalidad australiano).**

4. Curso actual del proceso: El demandando presento un escrito sobre un asunto de jurisdicción, el 25 de septiembre de 2009.

Ante tales circunstancias, se debe verificar si el inversionistas está interpretando de forma retroactiva el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América para demandar internacionalmente al Estado de Guatemala, por incumplir con las disposiciones del mismo en los actos y hechos realizados antes del inicio de su vigencia, de interpretarse así se condenaría al Estado de Guatemala a una indemnización cuantificablemente alta, honorarios y gastos adicionales. Esta situación es examinada en el último capítulo de esta tesis.

CAPÍTULO V

5. La irretroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América

En este capítulo se verifica sí el inversionista Railroad Development Corporation está interpretando de forma retroactiva el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América para demandar internacionalmente al Estado de Guatemala, por incumplir con las disposiciones del mismo en actos y hechos realizados antes de su vigencia.

Se hace un breve razonamiento del caso, explicando los hallazgos de la investigación, entre estos la aplicación inmediata, e interpretación retroactiva del tratado citado.

Asimismo se realiza una interpretación de la norma que contiene la irretroactividad implícita en el tratado, y como este principio es un criterio de solución a las controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala.

5.1. Interpretación de la irretroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA

De acuerdo a la investigación se comprobó que en el texto del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América y en

los documentos de aprobación, no se acordó la retroactividad de sus disposiciones, por lo que se aplica la regla general emanada de las normas constitucionales de los Estados Partes, “la irretroactividad de la ley”, éste principio se estipuló de manera interpretativa en el Artículo 10.1.3 del capítulo 10 del tratado como irretroactividad implícita.

El Artículo 10.1.3 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos, establece: “Para mayor certeza, este capítulo no obliga a ninguna Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que ceso de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este tratado.”

Ante la disposición del citado artículo, es necesario establecer su interpretación conforme a su texto, sentido propio de sus palabras y contexto. Y se indica los supuestos jurídicos complejos de la norma, la consecuencia de derecho de la realización de la hipótesis jurídica y el ámbito temporal determinado de la ejecución de la hipótesis.

5.1.1. Supuestos jurídicos complejos del Artículo 10.1.3 del tratado

Las hipótesis de la norma son las condiciones, cuya realización depende la validez de las consecuencias de derecho de la norma en cuestión. En este caso los supuestos jurídicos complejos del Artículo 10.1.3 del tratado son los siguientes:

1. Cualquier acto que tuvo lugar,
2. Cualquier hecho que tuvo lugar, y
3. Cualquier situación que ceso de existir.

En primer plano el Artículo 10.1.3 del tratado se refiere a **cualquier acto que tuvo lugar.**

El acto es la manifestación de una declaración de voluntad, en específico la de un Estado Parte del tratado, la cual es emitida en forma concreta por sus órganos y que a su vez produce efectos jurídicos a los sujetos en particular hacia quienes va dirigido a partir del momento en que es conocido legalmente.

El acto que emite el Estado de Guatemala, genera derechos y obligaciones establecidas en ley, se cita por ejemplo los actos que se producen en la administración pública, entre ellos: La emisión de resoluciones administrativas; acuerdos gubernativos; acuerdos ministeriales, celebración de contratos y concesiones administrativas.

Ahora bien, la palabra “cualquier” fija una indeterminación, al indicar que puede emitirse el “acto” en infinidad de asuntos, verbigracia en materia administrativa, en situaciones contenciosas, judiciales o controversiales. Éste concepto compuesto es tan amplio que estipula cualquier acto determinado en la ley o no, como manifestación de voluntad del Estado Parte del tratado.

En segundo plano, se señala a **cualquier hecho que tuvo lugar**. Los hechos de acuerdo al licenciado Hugo Calderón: “se pueden dar en comportamientos materiales de la administración pública. Este ejemplo se puede dar dentro de los dictámenes técnicos o jurídicos, estos son verdaderos hechos administrativos.

Los hechos son los acontecimientos que pueden o no producir efectos, pero en el caso de producirse efectos es la voluntad expresa del órgano administrativo, pues si es expresada voluntariamente, la voluntad de la administración será acto administrativo.”⁴⁰

En tercer lugar, se menciona **cualquier situación que ceso de existir**. Se entiende por situación, la posición jurídica que ocupa cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas.

Las relaciones jurídicas se establecen normalmente entre dos sujetos, de tal modo que uno de ellos tiene el deber de comportarse de una determinada manera y el otro tiene el poder de exigir del anterior que realice el comportamiento debido.

Esto hace que las situaciones jurídicas sean agrupadas en dos tipos fundamentales:

1. Las que imponen deberes y son definidas como situaciones jurídicas pasivas.
2. Las que atribuyen derechos y son caracterizadas como situaciones jurídicas activas.

⁴⁰ Calderón Hugo, **Derecho administrativo I**, pág. 303.

Estos dos tipos no suelen darse en estado puro en la realidad. Lo normal es que cada una de las situaciones jurídicas comparte simultáneamente deberes y derechos correlativamente.

Por ejemplo, dentro de una relación jurídica entre un inversionista – Estado, una ley guatemalteca requería que se cumpliera con ciertas obligaciones para el establecimiento de una inversión en el territorio del Estado de Guatemala, el inversionista estaba obligado a cumplirlas y el Estado de Guatemala a exigir las, sin embargo con la vigencia el tratado se abroga esta ley, por lo que la situación jurídica ya no es más exigible, por no ser vigente ni positiva, por que ha dejado de existir.

5.1.2. Ámbito temporal del Artículo 10.1.3 del tratado

El ámbito temporal de la realización de los supuestos jurídicos del Artículo 10.1.3 del tratado, estipula que su ejecución se haya realizado antes de la fecha de entrada en vigor del tratado para cada Estado Parte.

Para el Estado de Guatemala la fecha de entrada en vigor fue el uno de julio de 2006. Por lo que las hipótesis encuadradas de cualquier acto o hecho que tuvo lugar y situación que cesó de existir, se debieron de producir antes del uno de julio de 2006.

Por ello, las obligaciones que emanan del capítulo 10 del tratado serán efectivamente exigibles para el Estado de Guatemala después de su entrada en vigor, esto hace que



no sea atribuible su aplicación a actos o hechos que tuvieron lugar y situaciones que terminaron de existir antes de la vigencia del tratado.

5.1.3. Consecuencias jurídicas del Artículo 10.1.3 del tratado

Las consecuencias de derecho de la realización de los supuestos jurídicos dispuestos en el Artículo 10.1.3 del tratado, y ejecutados antes de la vigencia del mismo, es que el capítulo 10 del tratado no genera ninguna obligación para ningún Estado Parte.

La consecuencia jurídica es extintiva por la realización de las hipótesis, esto hace entender que el Estado de Guatemala no está obligado conforme al capítulo 10 del tratado, en los actos o hechos que tuvieron lugar o situaciones que dejaron de existir antes de su vigencia.

El Artículo 10.1.3 del tratado establece un derecho para los Estados Partes del tratado, ya que indica que éstos no están obligados a responder conforme al capítulo 10 del tratado, por aquellos actos o hechos que tuvieron lugar y aquellas situaciones que cesaron de existir antes de la vigencia del tratado.

Asimismo el Artículo 10.1.3 del tratado considera la seguridad jurídica, al referirse a la “certeza”, esto implica la confiabilidad de las normas así como la previsibilidad de su aplicación.

Para mayor seguridad en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, el capítulo 10 del tratado, comprendiendo las secciones A, B y C, no genera ninguna obligación a los Estado Parte, en relación a cualquier acto o hecho que tuvo lugar o situación que cesó de existir, y que ocurrieron antes de la fecha de entrada en vigor de este tratado.

Este artículo dispone en qué momento van a nacer los derechos y las obligaciones para los Estados. El momento crucial es determinado por la vigencia de la ley, por lo cual no se pueden atribuir derechos y obligaciones a los Estados, si estos aún no las conocían, y únicamente se dan a conocer los derechos y las obligaciones a través de la publicación de la ley.

Por otro lado, el artículo citado hace referencia a los verbos “tuvo” y “ceso”, que gramaticalmente se encuentran en el tiempo pretérito perfecto simple, que denota una acción o un estado de cosas anteriores al momento en que se habla, es decir sin ninguna vinculación con el presente.

Teniendo presente lo expuesto, se dice que existe irretroactividad implícita en el Artículo 10.1.3 del tratado, ya que esta surge de la interpretación, indicando que no se aplican las disposiciones del capítulo 10 del tratado, a los actos y hechos que “tuvieron” lugar, así como a aquellas situaciones que “cesaron” de existir antes de la vigencia del tratado en un Estado Parte.

La irretroactividad de manera implícita contenida en el Artículo 10.1.3 del tratado, es el resultado de una interpretación, ya que la regla general es “la irretroactividad de la ley” hacía toda norma, con la excepción de la retroactividad expresada por el legislador, por lo que en la aplicación del capítulo 10 del tratado, no se ven afectados los actos y hechos realizados antes de su vigencia, así como las situaciones que dejaron de existir.

Sin embargo, existe la aplicación inmediata del tratado para los Estados Partes y la interpretación que puede darse a tales disposiciones con un carácter retroactivo en los actos o hechos que tuvieron lugar y situaciones que dejaron de existir antes de la vigencia del tratado.

Ante la vigencia del tratado, nace la problemática en las controversias del contrato de usufructo de equipo ferroviario, propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, en el cual participa un inversionista de Estados Unidos de América, quien fundamentándose de forma retroactiva en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, demanda internacionalmente al Estado de Guatemala por incumplir con las normas del mismo.

De interpretarse de así el tratado, se generaría efectos negativos al Estado de Guatemala, ya que se le condenaría y estaría obligado a pagar una indemnización cuantiosa.

Para solucionar tal problemática, se acude a los principios de la aplicación de la ley en tiempo, y a la interpretación de la irretroactividad implícita del Artículo 10.1.3 del tratado.

5.2. Aplicación inmediata del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA

De acuerdo a la investigación realizada, se constató que el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América está siendo aplicado inmediatamente.

En el caso concreto, el inversionista se fundamenta en que el Estado de Guatemala ha incumplido con las normas de tratamiento del tratado.

El incumplimiento se dio en el acuerdo gubernativo que declaró la lesividad del contrato de usufructo de equipo ferroviario, propiedad de FEGUA, el cual se emitió luego de entrar en vigencia el tratado, violando así el Artículo 10.7 que establece la expropiación e indemnización de la inversión. Esto hizo que el inversionista demandará al Estado de Guatemala ante un tribunal de arbitraje internacional, procedimiento que está siendo llevado conforme al Tratado.

Para el inversionista la declaración de lesividad constituye un tipo de expropiación de forma indirecta, ya que no constituye en si una privación total de la propiedad del inversionista, sino que le priva de algunas facultades del dominio y del valor

económico de su inversión. Ya que el acto gubernamental tiene un impacto económico desfavorable sobre el valor económico de su inversión.

El acto de declaración de lesividad que se emitió, es la consecuencia de actos pasados ilegales que ahora afectan la inversión. Estos actos no pudieron ser ignorados por el inversionista, puesto que conocía los riesgos de su inversión, ya que tuvo una participación en la celebración y consumación de los contratos que consintió en el pasado.

5.3. Retroactividad implícita del Tratado de Libre Comercio RD – CAUSA

En la investigación realizada se descubrió que el inversionista hace una interpretación retroactiva del tratado, al pretender que sean juzgados por el tratado los actos y hechos generados entre el gobierno de Guatemala y la empresa de inversión.

Entre los actos pasados antes de la vigencia del tratado están los contratos anómalos y los conflictos que surgieron de su celebración. Entre los hechos, que aduce que le son desfavorables se encuentran los dictámenes emitidos por entidades estatales, los cuales fueron realizados con anterioridad a la vigencia del tratado.

Para el inversionista, la declaración de lesividad constituye una de las violaciones a los derechos que les ampara en el tratado por emitirse después de la vigencia del mismo, pero conociendo las circunstancias de tal declaración se da por sentado que existen

actos y hechos que fueron realizados antes de la vigencia del tratado, por lo que al conocer la legalidad de la medida “declaración de lesividad”, implicaría conocer sus antecedentes, y se calificarían los actos y hechos pasados con las disposiciones del tratado, lo cual no está previsto por el Artículo 10.1.3 del tratado.

El tratado no dispuso la retroactividad, no fue esta la voluntad de los Estados Partes para que se interprete y aplique de esta manera.

De interpretarse retroactivamente las disposiciones del tratado, sin que el mismo faculte, se dañaría el orden interno de los Estados y se generaría una inseguridad jurídica para las relaciones entabladas, así como el juzgamiento de actos, hechos o situaciones realizadas anteriormente a su vigencia, y esta situación no esta contemplada conforme a la irretroactividad implícita del Artículo 10.1.3 del tratado.

En la doctrina y en la ley, el principio general es la irretroactividad y como excepción a esta regla se dispone la retroactividad de la ley, misma que debe ser expresada en la redacción de la norma, explicando a que caso concreto será aplicable y sin contradecir la norma jerárquica superior de cada Estado. En este caso no es susceptible de interpretarse de forma retroactiva el tratado y aplicarlo sobre aquellos actos, hechos o situaciones pasadas.

5.4. La irretroactividad implícita como criterio de solución en las controversia entre inversionistas y el Estado de Guatemala, en el marco del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América

El tratado dispone la irretroactividad implícita en su Artículo 10.1.3, esto hace entender que sus preceptos no deben ser interpretados y aplicados para calificar la legalidad de un acto o hecho pasado o modificar los derechos y obligaciones de situaciones que hayan fenecido o de situación que no nacieron a la vida jurídica.

De acuerdo al caso concreto existen actos y hechos que fueron consentidos por las partes en el pasado, entre ellos, la celebración de los contratos de usufructo oneroso de equipo ferroviario entre la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A. y FEGUA.

Ya se dijo que el termino “cualquier acto” indicado en el Artículo 10.1.3 del tratado, puede consistir en la celebración de contratos, resoluciones administrativas o controversias entre las partes (inversionista de una Parte o la empresa de inversión versus Estado de Guatemala).

Y por un “cualquier hecho”, el realizado por entidades públicas, por ejemplo los dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la Nación, por la Empresa de Ferrocarriles de Guatemala o por el Ministerio de Finanzas Públicas de Guatemala.



Antes de la vigencia del tratado, las controversias ya habían acaecido entre las partes por actos ilegales e incumplimientos, y se habían realizado los presupuestos legales para declarar la lesividad de los contratos ya que Guatemala tiene el derecho reconocido en sus leyes de declarar la lesividad de un contrato, cuando existan ilegalidades y sea contrario a sus intereses.

Se habían ejecutado hechos que apuntaban a la existencia de anomalías en la celebración del contrato respectivo, por ello el Estado de Guatemala en virtud de tal situación buscaba su nulidad a través de los mecanismos legales, ya que lesionaba los intereses del mismo.

El tratado no se encontraba vigente en el Estado de Guatemala al momento de la ejecución de los siguientes actos: licitación del contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario, adjudicación y aprobación del contrato, posterior celebración del contrato y sus modificaciones, de esa relación surgen como consecuencias controversias entre las partes y se inician arbitrajes nacionales. Seguidamente, esto dio origen a los hechos administrativos ya indicados, y a la declaración de lesividad y posterior juicio contencioso – administrativo.

La declaración de lesividad de este contrato, constituye un acto ejecutado en la vigencia del Tratado, sin embargo, este acto es consecuencia de actos y hechos jurídicos pasados, esto hace que el fondo de la controversia se funde en actos y hechos producidos antes de la vigencia del tratado.

Estos actos y hechos controvertidos que se dieron antes de la vigencia del tratado, no deben ser juzgados al amparo del mismo ya que no les es aplicable por la irretroactividad implícita del Artículo 10.1.3 del tratado, siendo esta una solución a las controversias entre el inversionista y el Estado de Guatemala.

El tratado debe protección a la inversión cubierta, es decir la constituida antes de la vigencia del tratado en el Estado de Guatemala, pero no permite que se juzguen con las normas del mismo, cualquier acto y hecho anterior a su vigencia.

Los árbitros internacionales que conocerán la controversia, deben evaluar la declaración de lesividad, acto que fue motivado por consecuencia de actos y hechos realizados con anterioridad a la vigencia del tratado, ante esto es imprescindible tener presente la irretroactividad implícita contenida en el Artículo 10.1.3 del tratado. De calificar la legalidad de la medida, se deben observar el conjunto de actos o hechos realizados anteriormente y de ser así se estaría interpretando el tratado de manera retroactiva, situación que no está prevista por el mismo.

La irretroactividad implícita contenida en el Artículo 10.1.3 del tratado, es un criterio de solución de controversias entre inversionistas y el Estado de Guatemala, ya que este principio hace entender que la nueva ley no califica o modifica los actos o hechos pasados, a menos que el negociador lo estipule de manera expresa.



Es de indicar que los actos o hechos del caso concreto habían ocurrido o sucedido antes de la vigencia del Tratado, esto hace que el Estado de Guatemala no estaba obligado a regirse bajo esas normas.

Ahora las controversias se conocen en un arbitraje internacional y corresponde a los representantes del Estado de Guatemala en este proceso hacer saber a los árbitros que no deben calificar los actos y hechos que se dieron antes de la vigencia del tratado, como violaciones a las estipulaciones del capítulo 10, ya que este aún no era conocido para el Estado de Guatemala.

Al conocer esa medida como violatoria para el inversionista, se tendrían que conocer los acontecimientos pasados (actos y hechos anteriores que motivaron esa declaración), esto produciría una calificación de los actos y hechos anteriores a la vigencia del tratado, lo que implicaría una retroactividad implícita del tratado y la misma no está contemplada, según se indica en el Artículo 10.1.3 del tratado.

De interpretarse retroactivamente el tratado, implicaría que al Estado de Guatemala se le condene por actos y hechos pasados que no violaban las disposiciones del tratado por no estar vigente, como consecuencia le sobrevendría pérdidas económicas desfavorables.



El tratado no dispuso la retroactividad, no fue la voluntad de los negociadores ni de las autoridades de Estado, ya que de forma expresa hubiesen indicado la “retroactividad del tratado” determinando en que casos se podía interpretar y aplicar de esta manera.

La irretroactividad implícita es un criterio de solución a este tipo de controversias, ya que fundamentándose en la doctrina y en la ley, se esclarece la aplicación correcta del tratado en el tiempo, por lo cual no se deben de calificar conforme a sus disposiciones, los actos y hechos que tuvieron lugar antes de su vigencia.

A través de este criterio se establece que no se deben aplicar las disposiciones del capítulo 10 del tratado a los actos o hechos realizados antes de su vigencia. Si estos actos y hechos pasados no cumplen con la ley o carecen de legalidad, el Estado de Guatemala debe enmendar esos errores a través de una declaración de lesividad conforme a los mecanismos legales y el debido proceso de las leyes guatemaltecas.

La irretroactividad implícita del Artículo 10.1.3 del tratado, es un criterio de solución a las controversias que surgen entre inversionistas y el Estado de Guatemala, ya que los actos y hechos que dañen a la inversión y que tuvieron lugar antes de la vigencia del tratado, no están fundamentadas para ser reclamadas como violatorias al capítulo 10 del tratado.

Este caso está en manos de árbitros internacionales y queda alentar a los representantes del Estado de Guatemala en este proceso, para que velen por la



efectiva aplicación del tratado conforme a las estipulaciones allí indicadas, ya que los árbitros al momento de calificar las cuestiones presentes, tengan que observar los actos y hechos consumados en el pasado y entonces posiblemente se interprete de forma retroactiva el tratado.

En consecuencia, el Estado de Guatemala esta obligado frente a los inversionistas de los Estados Partes del tratado, a cumplir a cabalidad con las normas establecidas en el capítulo 10 del tratado, a partir de la vigencia del mismo en su territorio, fecha que fue el uno de julio de 2006.





CONCLUSIONES

1. La irretroactividad implícita de la ley, es dispuesta por el legislador al expresar que la nueva ley no generará derechos y obligaciones en los actos, situaciones y hechos realizados antes de su vigencia, por lo cual no puede ser aplicada retroactivamente.
2. El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, estipuló la irretroactividad de forma implícita en el Artículo 10.1.3 del capítulo 10, esto hace entender que no debe interpretarse de forma retroactiva, como actualmente se hace.
3. El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América establece que no existe obligación para el Estado de Guatemala, respecto a cualquier acto o hecho que tuvo lugar o situación que cesó antes de su vigencia, de conformidad con la irretroactividad implícita contenida en el Artículo 10.1.3 del tratado.
4. La irretroactividad implícita del Artículo 10.1.3 del tratado, es un criterio de solución a las controversias que surgen entre inversionistas y el Estado de Guatemala, ya que los actos y hechos que dañen la inversión y que tuvieron lugar antes de la vigencia del tratado, no están fundamentados para ser reclamados como violatorios al capítulo 10 del tratado.



5. En el texto del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América y en los documentos de aprobación del Estado de Guatemala, no se acordó la retroactividad de sus disposiciones.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través de sus entidades, debe velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones del capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, para evitar controversias futuras con los inversionistas de los Estados Partes.
2. El Estado de Guatemala, a través de sus representantes legales en el arbitraje internacional contra el inversionista Railroad Development Corporation, debe cuidar que no se interprete y aplique retroactivamente el Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, de conformidad con el Artículo 10.1.3 del tratado en mención.
3. El Estado de Guatemala debe velar por que las disposiciones del capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América, no se deban aplicar de manera retroactiva sobre cualquier acto o hecho que tuvo lugar antes de su vigencia.
4. La Procuraduría General de la Nación debe implementar una Dirección de Comercio Exterior, que actúe conjuntamente con el Ministerio de Economía para prestar asesoría, apoyo y consulta a las distintas entidades de gobierno que tengan o vayan a tener relación con los inversionistas de los Estados Partes de Tratado de Libre



Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos de América
para su efectiva aplicación.

5. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala debe implementar programas de estudios jurídicos relativos a los tratados de libre comercio, con el fin de que sean los mismos profesionales guatemaltecos quienes tengan la capacidad de defender al Estado de Guatemala, frente a las demandas de los inversionistas extranjeros en arbitrajes internacionales.



BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. 10ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1976.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. **Derecho administrativo I**. 6ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003.

Corte de Constitucionalidad, **Constitución Política de la República de Guatemala, y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad**. Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa S.A., 2004.

IZQUIERDO, Beatriz. **La irretroactividad: problemática general colección monografías de derecho civil VI**. Teoría general de la norma jurídica. Madrid, España: Ed. DYKINSON. S.L., 2007.

MACHO PÉREZ, Ana Belén, **Principio de irretroactividad en el derecho tributario**. Barcelona, España:Ed. Universitat Pompeu Fabra, sf.

MARZORATI, J. Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**. Buenos, Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1993.

MOUCHET, Carlos y Ricardo Zarroquín Becú. **Introducción al derecho**. 11ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1987.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio del derecho II**. 2ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Edición EDP, De Pereira, 2002.



Real Academia Española, **Diccionario de la real academia española**. 20ª. ed.; Madrid, España: Ed. Espasa, Calpe S.A., 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Introducción al estudio del derecho**. 2ª. ed.; s.l.i., México: Ed. Porrúa, S.A., 1967.

VILLAGRÁN KRAMER, Francisco, **Derecho de los tratados**. 2ª ed.; revisada, corregida y aumentada; Guatemala, Guatemala: Ed. Diseño y Artes Finales F&G, 2005.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio de Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1971.

Contrato entre el Interventor de la Entidad Ferrocarriles de Guatemala y la Entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-98, 1998.

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 55-96, 1996.

Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 50-96, 2003.



Declaración de lesividad del “Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala celebrado entre Ferrocarriles de Guatemala y la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, contenido en al Escritura Pública número 143 de fecha 28 de agosto de 2003 y su modificación contenida en la Escritura Pública número 158 de fecha 7 de octubre de 2003, ambas autorizadas en esta Ciudad por la Notaria Claudia Mariela Marroquín Luther”, Organismo Ejecutivo, Acuerdo Gubernativo número 433-2006, 2006.

Intervención de FEGUA, Jefe de Estado, Organismo Ejecutivo, Decreto – Ley número 162-83, 1984.

Ley de lo Contencioso Administrativo, Congreso de la República, Decreto número 119-96, 1996.

Ley de Contrataciones del Estado, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-92, 1992.

Ley de la Empresa de los Ferrocarriles de Guatemala “FEGUA”, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 22-69, 1969.

Ley de Inversión Extranjera, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 9-98, 1998.

Ley del Organismo Ejecutivo, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 114-97, 1997.

Ley Orgánica de FEGUA, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 60 -72, 1972.



Ley del Organismo Judicial, Congreso de La República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

Ratificación de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, Organismo Ejecutivo, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1997.

Ratificación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Organismo Ejecutivo, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2003.

Ratificación del Tratado de Libre Comercio, entre República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos de América, Organismo Ejecutivo, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2006.

Reforma a la Ley de la Empresa de los Ferrocarriles de Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 82-70, 1970.

Reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio, entre República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos de América, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 11-2006, 2006.

Tratado de Libre Comercio, entre República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos de América, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 31-2005, 2005.