

UNIVERSIDA DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

ESCUELA DE CIENCIAS POLÍTICAS

JUICIO DE ARBITRAJE EN CONTRA LA REPÚBLICA DE GUATEMALA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE INVERSIONISTAS Y EL ESTADO. CASO: FERROCARRILES DE GUATEMALA – FEGUA-.



TESIS

Presentada al Consejo Directivo de la
Escuela de Ciencia Política de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

por

MANUEL FEDERICO ORELLANA LORENTZEN

Al conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN RELACIONES INTERNACIONALES
y el título profesional de
INTERNACIONALISTA

Guatemala, septiembre de 2013

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

RECTOR

Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

SECRETARIO GENERAL

Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA DE CIENCIA POLITICA

DIRECTORA	Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
VOCAL I:	Licda. Mayra del Rosario Villatoro González
VOCAL II:	Lic. Juan Carlos Guzmán Morán
VOCAL III:	Lic. Jorge Luis Zamora Prado
VOCAL IV:	Br. Meylin Valeria Montúfar Esquina
VOCAL V:	Prof. Román Castellanos Caal
SECRETARIO:	Lic. Marvin Norberto Morán Corzo

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN DEL EJERCICIO PROFESIONAL
SUPERVISADO –EPS-**

EXAMINADORA:	Lic. Francisco José Lemus Miranda
EXAMINADOR:	Lic.-Francisco Ernesto Rodas
EXAMINADOR:	Lic. Edgar Roberto Jiménez Ayala

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PÚBLICO DE TESIS

DIRECTORA:	Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
SECRETARIO:	Lic. Marvin Norberto Morán Corzo
EXAMINADOR:	Lic. Marcio Palacios Aragón
EXAMINADOR:	Lic. Francisco José Lemus Miranda
EXAMINADOR:	Lic. Henry Dennys Mira Sandoval

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”
(Artículo 74 del Reglamento de Evaluación y Promoción de Estudiantes de la Escuela de Ciencia Política)



Guatemala, 2 de julio del 2012

Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

Licenciada
Geidy Magali De Mata Medrano
Directora de la Escuela de Ciencia Política
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Respetable Licda. De Mata:

Me permito informarle que el tema de tesis: **"Juicio de Arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-**", propuesto por el (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, carné No. **1110347**, puede autorizarse, dado que el mismo cumple con las exigencias mínimas de los contenidos de la carrera.

Cordialmente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Francisco José Lemus Miranda
Coordinador Carrera Relaciones Internacionales

c.c. archivo
sbm/1



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

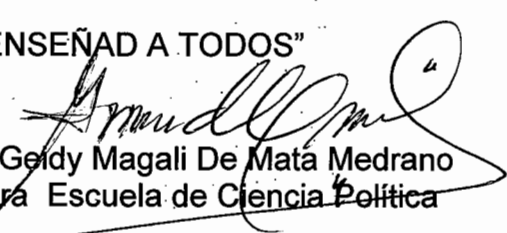
ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA: Guatemala, tres de julio del año dos mil doce.

ASUNTO: El (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, carné No. **1110347** continúa trámite para la realización de su tesis.

Habiéndose aceptado el tema de tesis propuesto, por parte del (de la) Coordinador (a) de Carrera **Lic. (Licda.) Francisco José Lemus Miranda**, pase al Coordinador (a) de Metodología, **Dr. Gustavo Palma Murga** para que se sirva emitir dictamen correspondiente sobre el diseño de tesis.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora Escuela de Ciencia Política

c.c. archivos
seb/2





Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

Guatemala
5 de julio del 2012

Licenciada
Geidy Magali De Mata Medrano
Directora Escuela de Ciencia Política
Su despacho

Estimada Licenciada De Mata:

Me permito informarle que, tuve a la vista el diseño de tesis, titulado **"Juicio de Arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-**", presentado por el (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, carné No. **1110347**, quien realizó las correcciones solicitadas y por lo tanto, mi dictamen es favorable para que se apruebe dicho diseño y se proceda a realizar la investigación.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Dr. Gustavo Palma Murga
Coordinador Área de Metodología



Se envía expediente
c.c. archivos
seb/3

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

**ESCUELA DE CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:** Guatemala, cinco de julio del año dos mil doce

ASUNTO: El (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, carné No. **1110347** continúa trámite para la realización de su tesis.

Habiéndose emitido el dictamen correspondiente por parte del (de la) Coordinador (a) del Área de Metodología, pase al (a la) Coordinador (a) de Carrera correspondiente, para que emita visto bueno sobre la propuesta de Asesor (a).

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



[Handwritten Signature]
Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora Escuela de Ciencia Política

Se envía el expediente
c.c. archivos
seb/4



Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

Guatemala, 6 de julio del 2012

Licenciada
Geidy Magali De Mata M.
Directora Escuela de Ciencia Política
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Respetable Licda. De Mata:

Me permito informarle que para desarrollar la tesis titulada "Juicio de Arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-", propuesta por el (la) estudiante Manuel Federico Orellana Lorentzen, carné No. 1110347 puede autorizarse como Asesor (a) a Licenciado Oscar Estuardo Bautista Soto.

Cordialmente,
"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Francisco José Lemus Miranda
Coordinador Carrera Relaciones Internacionales



c.c. archivo
sbm/5

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Guatemala, diez de julio del año dos mil doce.

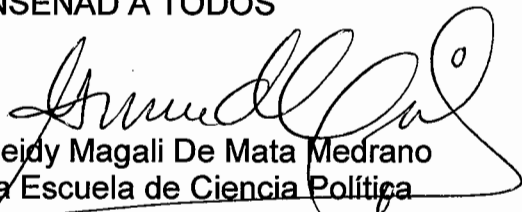
ASUNTO: El (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen** carné No. **1110347** continúa trámite para la realización de su Tesis.

Habiéndose emitido el dictamen correspondiente por parte del (de la) Coordinador (a) de Carrera correspondiente, pase al (a la) Asesor (a) de Tesis **Licenciado Oscar Estuardo Bautista Soto**, para que brinde la asesoría correspondiente y emita dictamen.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"




Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora Escuela de Ciencia Política

Se envía expediente
c.c. archivos
sbm/6

Guatemala . 05 de agosto de 2013

Licda. Geidy de Mata Medrano
Directora
Escuela de Ciencia Política
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Directora:

De acuerdo al nombramiento que me fue asignado como Asesor de Tesis de Licenciatura en Relaciones Internacionales, del estudiante Manuel Federico Orellana Lorentzen, el cual lleva como título "Juicio de arbitraje en contra de la República de Guatemala a través de el Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado. Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-". En virtud de ello me permito hacer las siguientes consideraciones:

- a) La asesoría se desarrolló sobre la base del diseño de investigación, aprobado oportunamente por el Área de Metodología de la Escuela de Ciencia Política. La asesoría se practicó considerando la experiencia que el sustentante ya posee.
- b) El estudiante Manuel Orellana realizó un buen trabajo de recopilación y análisis de información, con enfoques teórico y metodológico.
- c) La exposición final del trabajo es coherente con los objetivos planteados y la temática que el sustentante aborda es de relevancia política.

En relación con las consideraciones anteriormente expuestas, me permito informarle que el trabajo de investigación realizado por el estudiante Manuel Orellana, reúne todas las calidades académicas para ser aprobado como Tesis de Graduación Profesional a nivel de Licenciatura, por lo cual me complace emitir dictamen favorable.

Sin otro particular al respecto y agradeciendo de antemano la atención y consideración al presente, me despido de usted muy atentamente.


Licenciado Oscar Estuardo Bautista Soto
ASESOR

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA
Edificio M-5 Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

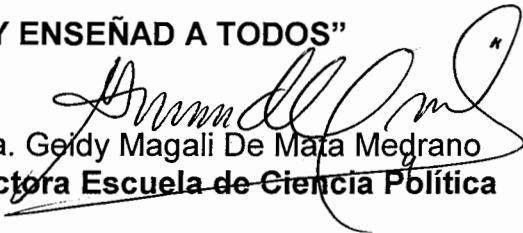
ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Guatemala, trece de agosto del año dos mil trece.

ASUNTO: El (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, carné No. **1110347** continúa trámite para la realización de su Tesis.

Habiéndose emitido el dictamen correspondiente por parte del **Licenciado Oscar Estuardo Bautista Soto**, en su calidad de Asesor (a) de Tesis, pase al Coordinador de la Carrera de Relaciones Internacionales, para que proceda a conformar el Tribunal Examinador que escuchará y evaluará la defensa de tesis, según el Artículo Setenta (70) del Normativo de Evaluación y Promoción de Estudiantes de la Escuela de Ciencia Política.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora Escuela de Ciencia Política



Se envía el expediente
c.c. archivo
sbm/7



ACTA DE DEFENSA DE TESIS

En la ciudad de Guatemala, el día diecisiete de septiembre del año dos mil trece, se realizó la defensa de tesis presentada por **Manuel Federico Orellana Lorentzen** carné No. **1110347** para optar al grado de Licenciado (a) en Ciencia Política, titulada: **"Juicio de Arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-**", ante el Tribunal Examinador integrado por 1) Lic. Marcio Palacios Aragón; 2) Lic. Henry Dennys Mira Sandoval y 3) Lic. Francisco José Lemus Miranda, Coordinador (a) de la Carrera de Relaciones Internacionales. Los infrascritos miembros del Tribunal Examinador desarrollaron dicha evaluación y consideraron que para su aprobación deben incorporarse algunas correcciones a la misma.

Examinador (a)

Examinador (a)

Lic. Francisco José Lemus Miranda
Coordinador (a) de Carrera



Se envía el expediente
c.c.: Archivo
seb/8a



ACTA DE DEFENSA DE TESIS

En la ciudad de Guatemala, el veintitrés de septiembre del año dos mil trece, se efectuó el proceso de verificar la incorporación de observaciones hechas por el Tribunal Examinador, conformado por 1) Lic. Marcio Palacios Aragón, 2) Lic. Henry Dennys Mira Sandoval y 3) Lic. Francisco José Lemus Miranda, Coordinador (a) de la Carrera de Relaciones Internacionales, el trabajo de tesis: **“Juicio de Arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-”**, presentado por el (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, razón por la que se da por **APROBADO** para que continúe con su trámite.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Lic. Francisco José Lemus Miranda
Coordinador (a) de Carrera

Se envía el expediente
c.c.: Archivo
seb/8b



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA
Edificio M-5 Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Guatemala

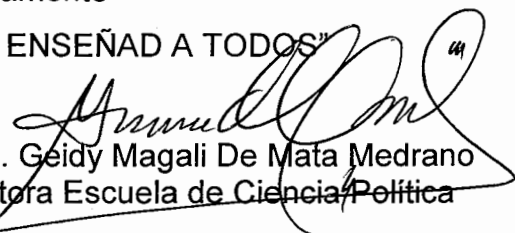
**ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA: Guatemala, treinta de septiembre del año dos mil trece.**

Con vista en los dictámenes que anteceden y luego de verificar la autenticidad de la certificación de Examen de Suficiencia y/o cursos aprobados por la Escuela de Ciencias Lingüísticas, se autoriza la impresión de la tesis titulada: **“Juicio de Arbitraje en contra de la República de Guatemala a través del Sistema de Resolución de Conflictos entre Inversionistas y el Estado Caso: Ferrocarriles de Guatemala -FEGUA-”**, presentada por el (la) estudiante **Manuel Federico Orellana Lorentzen**, carné No. **1110347**.

Atentamente

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”




Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora Escuela de Ciencia Política

Se envía el expediente
c.c. archivo
sebm/9

ACTO QUE DEDICO A:

Edwin Roberto Orellana Lorentzen

Jorge Douglas Orellana Lorentzen

En su memoria

INDICE	Página
Introducción.....	I,II,III
Lista de acrónimos IV
Capítulo I. Aspectos metodológicos utilizados en la investigación	1
Planteamiento del problema. Definición del problema. Justificación de la investigación.	
Preguntas generadoras. Delimitación del tema. Unidad de análisis. Ámbito histórico.	
Objetivos Generales y Específicos. Estrategia metodológica.	
Capítulo II. Marco teórico	6
1. Tratados internacionales	6
1.2 Tratados comerciales	6
1.3 Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA.....	6
1.4 Protección a la inversión dentro de los tratados internacionales	8
2. El Arbitraje.....	9
2.1 Teorías existentes.....	9
a) Teoría Contractualista o Privatista Pura	10
b) Teoría Jurisdiccional o Publicista Pura.....	10
c) Teoría Ecléctica o mixta	10
2.2 El arbitraje de inversión.....	11
2.3 Antecedentes: algunos casos en que se ha requerido del arbitraje.....	13
2.4 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias CIADI.....	14
2.5 El caso RDC contra El Estado de Guatemala	16

Capítulo III. Información Institucional de Ferrocarriles de Guatemala FEGUA	18
1. Historia del ferrocarril en Guatemala.....	18
2. Información institucional.....	20
Capítulo IV. Contratos realizados entre FEGUA y RDC.	27
1. Antecedentes de los contratos en FEGUA y Ferrovías. Línea de Tiempo (hechos en orden cronológico).....	27
2.Descripción de los hechos.....	28
Capítulo V. Consecuencias de la declaración de lesividad	41
1. Derecho de vía.....	43
2. Asentamientos humanos sobre la vía férrea.....	44
2.1. Localización de los asentamientos.....	44
2.2. Alteración de linderos.....	45
3. Propuesta de Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA para resolver el problema de los asentados sobre el derecho de la vía férrea.....	46
3.1. Las reivindicaciones de los pobladores.....	46
4. El desalojo concertado.....	46
Capítulo VI. Juicio que se lleva cabo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias CIADI	48
1.Desarrollo del juicio internacional (Caso CIADI No.ARB/07/23):.....	48
1.1 Integración del Tribunal.....	48
1.2 Procedimiento del Tribunal.....	50

2. Análisis jurídico del Caso.....	50
3. Posición de la demandada.....	51
4. Posición de la demandante.....	51
5 Introducción al análisis del Tribunal.....	53
6. Continuación del proceso.....	54
7. La audiencia Pública.....	54
8. Decisiones del Tribunal.....	54
8.1 Solicitud de revisión de cálculo.....	55
Conclusiones.....	56
Recomendaciones.....	58
Referencias.....	60
Bibliografía.....	61
Glosario de términos.....	63
Anexos.	

Lista de acrónimos

ALAF. Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles.

AC. Acuerdo Comercial.

AIR. Acuerdo de Integración Regional.

APC. Acuerdo Preferencial de Comercio.

BM. Banco Mundial

BAM. Banco Agrícola Mercantil.

BIT's. Convenios Bilaterales de Promoción.

CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones.

CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CENAC. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

COBIGUA. Compañía Bananera Independiente de Guatemala.

DR-CAFTA. Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – América Central – y Estados Unidos.

FEGUA. Ferrocarriles de Guatemala.

FEROVIAS S:A. Compañía Desarrolladora de Ferrovías Sociedad Anónima (filial de RDC).

IRCA International Railways de Centro América

MIGA. Agencia Internacional de Garantía de Inversiones.

NMF. Nación Más Favorecida.

OMS. Organización Mundial del Comercio.

RDC. Railroad Development Corporation

TCAC-RD. Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - América Central – Estados Unidos.

UFCO. United Fruit Company.

**JUICIO DE ARBITRAJE EN CONTRA LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
A TRAVÉS DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE
INVERSIONISTAS Y EL ESTADO.**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis fue elaborado, como requisito previo a optar al grado académico de Licenciado en Relaciones Internacionales que otorga la Escuela de Ciencia Política de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

La importancia del estudio radica en contribuir al conocimiento académico, político, económico, social, desde la perspectiva de las relaciones internacionales del litigio, arreglos de diferencias que se enmarcan en el derecho de Inversiones, la que se fundamenta en los siguientes aspectos:

El Juicio que se ventilará a nivel internacional relacionado con las reclamaciones de Railroad Development Corporation en contra de la República de Guatemala, constituyó el primer arbitraje de inversión iniciado bajo el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - América Central – Estados Unidos (TCAC-RD). En el que se argumentará que Guatemala había violado el artículo 10.5 del tratado, que se refiere a la inversión extranjera y, establece la prohibición a los Estados para expropiar inversiones extranjeras sin pagar una compensación. Así mismo, en la tendencia creciente del requerimiento de arbitraje internacional, que es de gran interés en las Universidades del mundo y de los círculos académicos.

El interés central del tema de investigación consistió en conocer y caracterizar los antecedentes, en el desarrollo del diferendo entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Ferrovías Guatemala S.A., a partir de la declaración de lesividad del Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario, según Escritura No.41, por

parte del Gobierno de Guatemala (24/3/2005). Lo que dio lugar a que se planteara el reclamo correspondiente por parte de Ferrovías de Guatemala S.A., subsidiaria de Railroad Development Corporation en contra de la República de Guatemala (20/08/2007), acción que se llevó a cabo en el "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], en Washington. Caso del CIADI No. ARB/07/23, así como; el análisis y seguimiento a los juicios que se iniciaran a nivel nacional antes de la declaración de lesividad (11 de agosto 2006) por parte del gobierno de Guatemala, Ferrovías filial de Railroad Development Corporation ya había iniciado dos procesos de arbitraje en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala [CENAC], uno para exigir que el gobierno desalojara y reubicara a las personas que habían invadido las áreas de la línea férrea y el otro para que se trasladaran más de US\$2 millones de dólares a un fideicomiso (Fideicomiso de administración y de pago Contrato 820) para rehabilitación de la infraestructura férrea. Finalmente El Centro Internacional de Arbitraje; emitió su ludo (29/11/12), el cual fue condenatorio para el Estado de Guatemala, este fue aceptado sin reservas, por lo que quedo obligado a pagar US\$11.5 millones por concepto de daños. Por otro lado, la empresa Railroad Development Corporation RDC y la subsidiaria Ferrovías Guatemala S.A., desistieron de los juicios iniciados en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala [CENAC].

Para una mejor comprensión, el contenido del estudio se describe en seis Capítulos: El Capítulo I, se refiere, a los aspectos metodológicos utilizados en la investigación, relativos a los objetivos generales y específicos, justificación de la investigación, delimitación del tema, unidad de análisis, ámbito histórico, planteamiento del problema, preguntas generadoras; Con el propósito de responder al problema planteado en la investigación se formularon las siguientes interrogantes a fin de ser demostradas en el proceso de la misma:

¿A qué responde que se declara lesivo a los intereses del Estado de Guatemala, el Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario entre FEGUA y Ferrovías?

¿Por qué el Estado de Guatemala corría el riesgo de perder el juicio arbitral con Railroad Development Corporation?. En el Capítulo II. Se presenta el Marco Teórico; partiendo de la definición del Derecho Internacional y la Inversión; Tratados y Convenciones internacionales; se hace especial énfasis en el DR-CAFT; se considera el arbitraje, como un mecanismo de solución de conflictos; teorías existentes, Ubicación temática del caso RDC contra. el Estado de Guatemala; estrategia metodológica, técnica y procedimientos en la investigación. El Capítulo III. Describe una breve reseña de la historia del Ferrocarril en Guatemala, la información institucional de FEGUA relativa a su naturaleza y constitución, patrimonio y régimen económico financiero etc. Definición de las empresas (principios, objetivos, organización y funcionamiento interno, fuentes de financiamiento, planes de trabajo, vínculos internacionales etc.) y su relación contractual, así como un análisis sobre las implicaciones de la relación contractual de estas instituciones. En el Capítulo IV se incluyen contenido sustantivo de los contratos suscritos entre FEGUA y RDC y los juicios promovidos por Ferrovías Guatemala S.A. contra Ferrocarriles de Guatemala FEGUA en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Guatemala CENAC, haciéndose referencia a los aspectos más importantes consignados en su reglamento de conciliación y arbitraje. Se establece una Línea de Tiempo (hechos en orden cronológico) de los mismos; ampliándose mediante la descripción de los hechos, partiendo de la licitación pública internacional de oferta para operar el Ferrocarril en Guatemala, su otorgamiento, los contratos derivados, hasta la declaración de lesividad por parte del Gobierno de Guatemala. Capítulo V. Se refiere a las consecuencias de la declaración de lesividad. El Capítulo VI. Se describe el proceso del Juicio de Arbitraje Internacional, llevado a cabo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], en Washington, referente a las reclamaciones de Railroad Development Corporation en contra del Estado de Guatemala. Y se concluye con algunas reflexiones finales en torno a las preguntas generadoras. Se consignan además, las fuentes bibliográficas y documentales consultadas para la elaboración de la misma. Y anexos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN

El problema planteado en el estudio lo constituyó el contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario suscrito entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Ferrovías Guatemala FVG subsidiaria de la empresa Railroad Development Corporation RDC, el que contenía serios defectos legales de acuerdo con el derecho interno, por lo que el Presidente de la República de Guatemala lo declara lesivo a los intereses del Estado. Lo que dio lugar a que se planteara el reclamo correspondiente por parte de Ferrovías Guatemala S.A., y RDC.

La declaración de lesividad fue consecuencia de los defectos que contenía el contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario suscrito entre las empresas, lo que se enmarca en el derecho de inversiones y se aplica el recurso del arbitraje para arreglo de diferencias entre inversionistas y Estado de acuerdo a las normas del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – América Central – Estados Unidos (TCAC-RD).

La importancia del estudio radica en contribuir al conocimiento académico, político, económico, social, desde la perspectiva de las relaciones internacionales del litigio y arreglos de diferencias que se enmarcan en el derecho de Inversiones, la que se fundamenta en los siguientes aspectos:

- A) *El Juicio que se ventila a nivel internacional relacionado con las reclamaciones de Railroad Development Corporation en contra de la República de Guatemala, constituye el primer arbitraje de inversión iniciado bajo el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – América Central – Estados Unidos (TCAC-RD).*

- B) *Las controversias internacionales en materia de comercio e inversiones ocupan un papel cada vez más destacado en la agenda de las relaciones*

internacionales de los países de América Latina y el Caribe, lo que representa un desafío importante para los países de la región, en el tema de controversias entre inversionistas y Estado dada la complejidad técnica de las mismas como por la cuantía de los montos involucrados en las demandas presentadas por los inversionistas en contra de los estados.

C) La tendencia creciente del requerimiento de arbitraje internacional, es de gran interés en las universidades en el mundo y de los círculos académicos.

Con el propósito de dar respuesta al problema planteado en la investigación se formularon las siguientes interrogantes con el fin de ser demostradas en proceso de la misma.

¿A qué responde que se declara lesivo a los intereses del Estado de Guatemala, el Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Ferrovías Guatemala S.A.?

¿Por qué el Estado de Guatemala corría el riesgo de perder el juicio arbitral con Railroad Development Corporation?

La investigación se limita al análisis, interpretación y determinación de el cumplimiento de los Contratos de Usufructo Oneroso No. 402 que concede el derecho de uso de la red ferroviaria del país por 50 años, el de fideicomiso de administración y pago; entre FEGUA, Ferrovías y el Banco Agrícola Mercantil y el de usufructo oneroso del equipo ferroviario No.41, teniendo en cuenta que la declaración de lesividad solo afecta al equipo ferroviario, quedando vigente el derecho de vía, y el seguimiento a los juicios nacionales e internacionales de reclamo en contra de la Republica de Guatemala.

La unidad de análisis lo constituyo los convenios suscritos entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Ferrovías Guatemala, S.A.

Como ámbito histórico se tomo como referencia los contratos suscritos entre las empresas Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Ferrovías Guatemala FVG en 1998 y sus consecuencias al 2013.

El objetivo general fue el de analizar el diferendo entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Railroad Development Corporation RDC a partir de la declaración de lesividad del Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario por parte del Gobierno de Guatemala.

Para comprender el conflicto y las dimensiones del diferendo a partir de los contratos suscritos entre FEGUA y FERROVIAS, la declaración de lesividad, por parte del Gobierno de Guatemala, en contra de Ferrovías Guatemala y las reclamaciones de Railroad Development Corporation RDC en contra de la República de Guatemala nos llevo a definir los siguientes objetivos específicos:

- i) Caracterizar el desempeño institucional de las empresas FEGUA y Ferrovías.*
- ii) Analizar la relación contractual entre ambas empresas.*
- iii) Dar seguimiento a los juicios de arbitraje Nacionales e Internacional.*
- iv) Determinar las fortalezas y debilidades en sus reclamaciones.*

La naturaleza del trabajo corresponde a un proceso de investigación documental y descriptiva, analítico comparativa, donde los contratos suscritos entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Ferroviaria de Guatemala, S.A., en 1998 son el punto referente. Una de las principales herramientas que se aplicó fue el de la de verificación /cumplimiento, tanto en los convenios, como en las instancias en el arbitraje. En diferentes momentos se recurrió también al análisis cualitativo de determinados aspectos que requirieran dicha evaluación y cuando se obtuvo la información empírica pertinente.

Se realizó la recopilación informática existente en libros, revistas, cuadernos y periódicos relacionada con la temática, los informes de las instituciones involucradas, expedientes judiciales y aquella información bibliográfica existente en las páginas electrónicas de la era digital.

Se aplicaron entrevistas a personas involucradas en el tema y especialistas en el mismo. Fue la herramienta utilizada para obtener las opiniones e información directa de los entrevistados partiendo de un guión estructurado pero flexible que en términos generales contenía los siguientes aspectos:

Antecedentes históricos de la empresa; su experiencia, aspectos más relevantes, su adecuación a las circunstancias, su organización y funcionamiento interno, fuente de financiamiento, sus principales experiencias, principales rasgos de la institución con la empresa concesionaria, las generalidades del proceso. El contenido de los contratos. Situación de los juicios nacionales e internacionales. Consecuencias de la declaración de lesividad. La información fue recogida mediante el auxilio de una grabadora, lo que nos permitió conservar lo dicho, además la forma en que se dijo. En la misma se estableció nuestra propia pauta de observación selectiva, sistematización y el registro de la información obtenida.

Las cualidades que se tomaron en cuenta para la aplicación de la entrevista:

La confiabilidad, del método para obtener la información que correspondió a la realidad. La entrevista permitió que al mismo tiempo que las preguntas eran formuladas y contestadas, existiera la oportunidad de una mayor flexibilidad para conseguir información más sustantiva y objetiva.

Se realizó la entrevista a las siguientes personas:

1. Jorje Senn, Gerente de Ferrovías de Guatemala, FVG.
2. Juan Carlos Carrasco, representante de la parte demandante y socio de la firma de abogados Diaz-Durán & Asociados Central Law.

3. Licenciado Carlos Samayoa Flores, interventor de Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA.
4. Licenciada Carolina Zelaya Dubón, jefe del departamento jurídico de Ferrocarriles de Guatemala FEGUA.
5. Licenciado Cesar Isaac Payes Reyes, abogado del departamento jurídico de FEGUA.
6. Licenciado Fidel Ángel Juárez Sían, abogado del departamento jurídico de FEGUA.
7. Ingeniero Miguel Ángel Samayoa Minera, jefe del departamento de ingeniería. Testigo y perito de Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA ante CIADI.
8. José Miguel Carrillo Chinchilla, jefe del departamento financiero de FEGUA: Testigo de la empresa ante el CIADI.
9. Rubén Morales Monrroy, Dirección de Administración de Comercio Exterior, Ministerio. Economía.
10. Óscar Erasmo Velásquez, Dirección de Administración de Comercio Exterior, Ministerio de Economía.
11. David Orta, socio de la firma de abogados Arnold & Porter que representa a la parte demandada.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1 Tratados internacionales

Para la explicación jurídica de los Tratados Comerciales partimos de la siguiente definición; se entiende por “Tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación”(Artículo 2, a) Convención de Viena).

1.2 Tratados Comerciales

Estos tienen por objeto regular las relaciones comerciales entre dos o más Estados y entre personas jurídicas nacionales de los Estados y los Estados firmantes.

Estos Tratados pueden ser multilaterales como el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (DR-CAFTA). O bien pueden ser acuerdos bilaterales, denominados por la doctrina jurídica como Bilateral Investment Treaties BIT's por sus siglas en inglés, que en nuestro derecho podrían ser denominados Tratados Bilaterales de Inversiones TBI, por ejemplo el Tratado Bilateral de inversión entre Guatemala y España.

Estos dos Tratados Internacionales, firmados y ratificados por el Estado de Guatemala, regulan entre otros aspectos la protección de la inversión de capitales.

1.3 Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA

Como se ha indicado un tratado de libre comercio es un acuerdo entre dos o más países cuyo objetivo principal es establecer reglas comunes para normar la relación comercial entre ellos. Un TLC busca crear una zona de libre comercio entre los países que son parte del mismo.

Los TLC's son instrumentos bilaterales o multilaterales de política exterior que los países utilizan para consolidar y ampliar el acceso de sus productos y eliminar barreras arancelarias, así como establecer mecanismos de cooperación entre las partes contratantes. El objetivo principal de este tipo de acuerdos es liberalizar parte o la totalidad de productos y servicios que se comercian entre las partes contratantes.

Este tratado comercial se firma con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana DR-CAFTA durante el periodo del año 2003 al año 2004 y se suscribe el 5 de agosto de 2004. En el caso guatemalteco este se aprobó el día 10 de marzo del año 2005 entrando en vigencia a través del Decreto Legislativo 31-2005 desde el día 24 de marzo de ese año, durante el gobierno del presidente de la Republica Oscar Berger Perdomo. Consta de 21 capítulos regulatorios (1.Disposiciones iniciales, 2.Definciones generales, 3.Trato nacional y acceso de bienes al mercado, 4. Régimen de origen y procedimiento de origen, 5. Administración aduanera y facilitación del comercio, 6. Medidas sanitarias y fitosanitarias. 7. Obstáculos técnicos al comercio, 8. Defensa comercial, 9. Contratación pública, 10. Inversiones, 11. Comercio trasfronterizo, 12. Servicios financieros, 13. Telecomunicaciones, 14. Comercio electrónico, 15. Derecho de Propiedad Intelectual, 16. Laboral, 17. Ambiental, 18. Transparencia, 19. Administración del tratado, 20. Solución de Controversias, 21. Excepciones) más un capítulo de disposiciones finales, dividido cada uno en artículos.

Para efectos de nuestra investigación solo consideramos los capítulos relativos a las inversiones, y el de solución de controversias.

El DR-CAFTA, incluye disposiciones relativas a la protección a los inversores, lo que se encuentra contemplado en el Capítulo 10 del DR-CAFTA, que además proporciona un mecanismo (Arts. 10.16(3) y 10.18) para la solución de controversias entre el inversionista y el Estado, pudiendo recurrir al CIADI (Mecanismo.Art.10.16(3)) o a la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Guatemala es miembro de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), y miembro del Centro; mediante

un convenio firmado en 1995, pero entró en vigor para Guatemala hasta el 20 de febrero de 2003. El CIDA es el organismo donde se ventiló el diferendo entre Railroad Development Corporation contra República de Guatemala (Caso CIADI No.ARB/07/23).

1.4 Protección a la inversión dentro de los tratados internacionales

Los principios contenidos dentro de los tratados comerciales, tanto los multilaterales como los TBI han ido desarrollándose para la inversión, que en la cultura anglosajón los denominan estándares:

a) Trato nacional

Este principio se refiere a que el inversionista extranjero recibirá el mismo trato que el inversionista nacional, otorgándosele un trato no menos favorable que al inversionista nacional.

b) El trato justo y equitativo

Se refiere a la obligación del Estado de no tener un comportamiento contrario al espíritu del tratado.

c) Protección y garantías contra riesgos no comerciales

Este principio garantiza al inversor que aunque existan cambios políticos que alteren el curso normal del comercio, es decir las transferencias o que impulsen expropiaciones o nacionalizaciones, les será garantizado su derecho de propiedad, su goce, uso y disfrute.

La Constitución Política de Guatemala; establece que entre las obligaciones fundamentales del Estado están el de proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión y el de crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros. La Ley de Inversión Extranjera, Decreto No. 9-98, regula el tipo de inversión en Guatemala.

2. El Arbitraje

Constituye un medio de resolución de conflictos entre dos o más personas, así como entre particulares y los Estados. Para que una tercera dirima una controversia existente entre ellas. En la realidad práctica el arbitraje se ha asentado, sobre todo en el marco de las relaciones comerciales e inversión y, dentro de éstas, en el marco internacional.

2.1 Teorías existentes

La naturaleza jurídica del arbitraje es controversial, debido a que no se puede situar específicamente en la tradicional división del derecho positivo, ya sea público o privado, por lo que su naturaleza atiende a diversas teorías. La discusión conceptual sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en la doctrina está marcada por tres corrientes:

a) *Teoría Contractualista o Privatista Pura*: sustentada por quienes ven en el arbitraje un contrato, el convenio, basado en la voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias en un tercero neutral, árbitro. En este sentido, el arbitraje tiene carácter contractual y, por tanto, privado.

Este principio contractual del pacto arbitral considera al árbitro como mandatario de las partes, donde el laudo arbitral que dicte no tiene carácter de sentencia, puesto que, viene a ser una simple ejecución del mandato por el compromisario.

Por lo expuesto anteriormente podemos llegar a la conclusión de que esta primera tesis sostiene que el árbitro no es juez, ni forma parte de la jurisdicción y tampoco está facultado para ejecutar sus propias decisiones. En este sentido también podemos señalar que el arbitraje contiene un doble convenio: a) Un contrato de compromiso, donde las partes deciden someterse al futuro laudo que se dicte.

Podríamos considerarlo un compromiso de buena fe. b) Un contrato de mandato, donde al árbitro se le obliga a resolver bien con arreglo a derecho o bien con arreglo a equidad.

b) Teoría jurisdiccional o Pública Pura. Según esta corriente, el arbitraje es una institución de índole procesal, por lo tanto de orden público. Tiene carácter de juicio, por lo que el árbitro cumple la función de juez y su laudo se equipara a la sentencia, por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Podemos señalar entonces, que bajo este principio, se sostiene que la función jurisdiccional otorgada a los tribunales estatales instituido por ley, es ejercida de forma excepcional y temporal por los jueces privados que son los árbitros. Para concluir diremos que el arbitraje para la tesis jurisdiccional no es en sentido estricto un juicio sino que es un proceso que se equipara al juicio ya que el árbitro cumple la función de juez al decir el derecho (*ius decire*), y por tanto ejerce una función jurisdiccional, función que tiene similares características a la de los órganos jurisdiccionales estatales, al centrar la atención en los efectos que la ley deriva del laudo arbitral: su fuerza ejecutiva y producir efectos idénticos a la cosa juzgada.

c) Teoría Ecléctica o mixta: simbiosis de las anteriores, postula que el arbitraje presenta una naturaleza contractual en su inicio y jurisdiccional en su desenlace y efectos (Morroy Cabra, 1992).

La corriente Ecléctica o Mixta realiza una fusión dogmática de las teorías anteriores que define una naturaleza jurídica **privada procesal** del Arbitraje. En ese sentido esta tercera corriente recoge lo mejor de las anteriores denominándose en primer término al Arbitraje como una **jurisdicción convencional**, ya que la jurisdicción del Tribunal Arbitral surge a partir de una convención entre los particulares que puede formar parte de un contrato o presentarse mediante un simple convenio arbitral que refrendan las partes.

La doctrina reconoce tres momentos en el nacimiento de cada proceso arbitral:

Primero, las partes perfeccionan un contrato o un convenio, significando este momento un negocio que se incluye dentro de la órbita del Derecho Privado

Segundo, el Árbitro acepta mediante un documento actuar imparcialmente en la controversia, creándose un vínculo entre las partes y el Árbitro, dicho vínculo se

asemeja a un mandato, que emana de ambas partes hacia el Árbitro para que conozca la controversia.

Tercero el Árbitro queda investido de poder por las partes en uso de su autonomía o de la voluntad y por la ley para ejercer la actividad pública de juzgar.

2.2 El arbitraje de inversión.

Esta doctrina del Derecho Internacional de las Inversiones está constituida por los laudos arbitrales internacionales que resuelven conflictos entre inversionistas y Estados receptores de inversión. Esta jurisprudencia tiene influencia decisiva en nuevos laudos arbitrales, negociaciones y convenios.

En tal sentido el sistema de arbitraje como mecanismo de solución de controversias internacionales en materia de comercio e inversión ocupa un papel cada vez más destacado en la agenda de las relaciones internacionales de los países. Asimismo, las controversias entre inversionista-Estado han emergido como un desafío importante para los países de la región, ya sea por la complejidad técnica de las mismas como por la cuantía de los montos involucrados en las demandas presentadas por los inversionistas en contra de los Estados.

EL uso del arbitraje internacional en los países latinoamericanos, en materia de inversiones, se encuentra directamente relacionado con las reformas producidas en la región a partir de la década de los años noventa, cuyo objetivo fue la liberalización y desregulación de los mercados, la creación de zonas libres, la apertura al libre comercio, la atracción de capitales y la consolidación de marcos normativos nacionales e internacionales, claramente promotores y protectores de la inversión extranjera.

Como parte de este proceso de reforma, y como expresión del nuevo Derecho Internacional de las Inversiones, se han suscrito, en los últimos años a nivel mundial, diversos tratados de contenido económico. Actualmente, existen alrededor

de 2500 Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos como BIT's), y un número creciente de Tratados de Libre Comercio y de integración económica regional que incorpora capítulos sobre inversiones. Estos marcos normativos internacionales contemplan al ARBITRAJE INTERNACIONAL como mecanismo natural para la solución de controversias entre particulares, así como entre particulares y los Estados.

La posición tradicional en América Latina frente al arbitraje internacional, en materia de inversión extranjera, adoptó posiciones restrictivas y contrarias al arbitraje internacional, propias de épocas en las que la cláusula o doctrina Calvo era incorporada en las Constituciones Políticas, exigiendo el sostenimiento de estas controversias a las Cortes Judiciales Nacionales

Lo anterior nos encamina a plantear una vieja disputa entre el orden público y arbitraje internacional "formas de justicia, la pública y la privada y cuál es la propia naturaleza de la institución arbitral en el marco de la globalización comercial" (Quiroga, 2003.Pag.29) La autora explica la relación que existe entre el "orden público" y "la arbitrabilidad", problema que lo centra en el escenario de la globalización comercial internacional. La "causa del mutuo recelo existente entre ambas instituciones no subyace en el origen del arbitraje privado, sino en el "orden público", entendiendo por tal aquel que en su acepción originaria nace vinculado al Estado, y más precisamente, con la aparición del Estado moderno.

Antes de esto, el arbitraje, tal y como lo conocemos hoy en día, convivía perfectamente con el sistema oficial de justicia". La autora agrega: "Se generó la suspicacia de los Estados hacia el arbitraje privado, no sólo por competir y arrebatarse al poder público el monopolio judicial para resolver los conflictos que se pudieran plantear, sino también debido al daño que la permisividad de una justicia privada pudiera causar a los "intereses generales" u orden público entendido en el sentido amplio de comunidad. Ello, por cuanto, el Estado ha ostentado desde siempre el mando indiscutible de la potestad jurisdiccional, sembrando

históricamente una desconfianza en el arbitraje (Quiroga, 2003.Pag.386) La autora en referencia postula que “la situación anterior dio un vuelco de 180 grados a partir de la "liberalización del comercio" y "autonomía del arbitraje internacional" en los más diversos ámbitos del sector privado. El arbitraje preocupado de reafirmar su eficiencia como método de justicia privada, se vio en la necesidad de desprenderse de todos sus lastres, entre los que por cierto se encontraba el "orden público". Ello hizo despertar la preocupación por el denominado "lado oscuro" del arbitraje y a plantear dudas sobre lo que es o no arbitrable” (Quiroga, 2003. Pag.386).

Por otra parte, tenemos la otra corriente sustentada en amplia monografía en esta cuestión del orden público en relación con la institución arbitral, en la que su punto central es la defensa de la soberanía nacional, en el que el orden público juega un papel de "garante" del exceso de poder de la justicia privada en un mundo globalizado.

2.3 Antecedentes: Algunos casos en que se ha requerido del Arbitraje

A manera de ejemplo podemos adelantar entre otros el requerimiento del arbitraje en este tipo de conflictos a la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (Informes de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación), que en dos casos se han emitido informes de grupos especiales, es decir la primera instancia en el procedimiento según el ESD. Ambos informes no han sido apelados dentro del plazo previsto y por lo tanto han sido adoptados. Se trata de las controversias **DS 331** entre **Guatemala y México** y **DS 335** entre **Ecuador y los Estados Unidos**.

En el caso de **Guatemala y México**, el Grupo Especial concluyó que la imposición de México de una medida antidumping definitiva sobre las importaciones de tuberías de acero negras y galvanizadas procedentes de Guatemala era incompatible con las prescripciones de las normas del Acuerdo Antidumping. El Grupo Especial también sugirió la revocación de las medidas antidumping

aplicadas a las tuberías de acero de Guatemala, con el fin de aplicar de manera apropiada las conclusiones y recomendaciones identificadas en este caso.

En el **DS 27** se trata de la controversia entre **Guatemala, Honduras, Ecuador, México, Estados Unidos y Comunidades Europeas** relacionada con el régimen de importaciones de plátanos por parte de las Comunidades Europeas. Este año se estableció un Grupo Especial según el artículo 21.5, que tiene que investigar si las Comunidades Europeas están cumpliendo con las recomendaciones dadas en los informes anteriores. Este GE fue solicitado a mediados del año 2007 por parte de Ecuador. Aun cuando el informe del GE es confidencial hasta marzo de 2008, se informó que el 10 de Diciembre 2007 el grupo habría fallado en contra de la UE.

2.4 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias CIADI

Fue creado por medio del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, el cual constituye un sistema de protección de la inversión creando un derecho, al margen del cada uno de los Estados. Este mecanismo de solución de conflictos se basa en la participación de un tribunal neutral, al cual se someten los Estados a través de los tratados internacionales, renunciando con ello a su jurisdicción nacional (pone fin a la doctrina Calvo en Latinoamérica). Las resoluciones – ejecución obligatoria del laudo- tienen reconocimiento automático, es título ejecutivo. No existe recurso de apelación del laudo en el convenio de Washington; el sistema de recursos contemplado en el convenio no permite su revisión, por lo que los Estados no tienen ninguna instancia donde manifestar su inconformidad con el fallo, sí está existe. El convenio de Washington contiene instrucciones claras: las partes lo acatarán y lo cumplirán en todos sus términos, reconociendo al laudo su carácter obligatorio y haciendo ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. Guatemala ratifica, el Convenio CIADI, su Reglamento y sus Reglas el 20 de febrero del año 2003, en plena negociación del DR-CAFTA.

El procedimiento aplicable en el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se encuentra contemplado en las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación).

El cual parten de conformar una comisión, que analiza las partes en conflicto, su proceso histórico, antecedentes, el sumario de las mismas, tomando en consideración la posición del demandante y el demandado e integra el tribunal de arbitraje, que analiza el caso si este compete a su jurisdicción, así mismo, debe tomar en consideración la interpretación de las leyes del país de origen, los convenios internacionales a las que las partes se someten, y los montos de las reclamaciones. El procedimiento se lleva a cabo en forma escrita y oral, en espacios de tiempo determinado. La comisión de arbitraje, se establece de acuerdo al convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI- o bien por medio de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-.

Conclusión del Procedimiento.

Excepción a la Jurisdicción; toda excepción que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es competencia de la comisión. Si las partes logran avenirse sobre las cuestiones objeto de la diferencia, la comisión declarará concluso el procedimiento y evacuará su informe.

Si en cualquier etapa del procedimiento la comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, la comisión, después de notificar a las partes, declarará concluso el procedimiento y evacuará su informe, en el que dejará constancia que la diferencia fue sometida a conciliación sin que las partes logran avenirse.

Si una de las partes no compareciere o participare en el procedimiento, la comisión, después de notificar a las partes, declarará concluso el procedimiento y evacuará su informe en el que dejará constancia que la diferencia fue sometida a conciliación y que tal parte no compareció o no participó.

2.5. El caso de Railroad Development Corporation RDC contra El Estado de Guatemala

Tomando en consideración los elementos teóricos antes expuesto, nos permitió determinar que el caso en mención y que se ventilara en el CIADI se enmarca dentro del Derecho Internacional relativo a Inversiones aceptado por los Estados.

En el que se evidencian dos posturas claras; la RDC que argumentaba que el capítulo 10 del DR-CAFTA podía ser aplicado y el de la República de Guatemala que argumentaba que el Proceso Contencioso Administrativo de lesividad, tendría que tener una respuesta de un tribunal local, que determinara que la lesividad existe.

Antecedentes: Guatemala celebró contrato de usufructo oneroso, es decir que genera ganancias, con la Compañía Desarrolladora de Ferrovías Sociedad Anónima, por 50 años. Ferrovías, es una sociedad mercantil guatemalteca, filial de la empresa extranjera Railroad Development Corporation (RDC), propietaria del 82% de las acciones de Ferrovías, S.A.

En agosto del 2006 se declara lesivo el contrato entre el Estado y Ferrovías S.A., tres meses antes de haber entrado en vigor el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (TLC-RD- CAUSA) o DR- CAFTA.

En ese momento, la Procuraduría General de la Nación inicia el Proceso Contencioso Administrativo para que quede sin efecto dicho contrato, no obstante la filial RDC inicia arbitraje internacional en CIADI en contra de Guatemala.

A través de la Notificación de intención recibida según el CIADI el 20 de octubre de 2007, se da la apertura al caso bajo el número ARB/07/23 el día 15 de octubre de 2008.

En resumen, RDC basándose en el capítulo 10 de las normas del DR-CAFTA, expropiación indirecta e inversión; en el Artículo 10.28, determina como

inversión: "Todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, con la expectativa de obtener ganancias o utilidades". Expropiación indirecta; Artículo 10.7 del tratado "Un acto o un serie de actos de una parte tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio". Por lo que RDC argumenta, el asunto no debe resolverse a través del derecho interno, ya que RDC tiene el 82% de acciones de Ferrovías y el capítulo 10 del DR-CAFTA puede ser aplicado a cualquier sociedad anónima nacional que tenga más del 51% de capital extranjero.

La demanda de RDC frente al CIDAI parte del concepto jurídico del Derecho Internacional Público de expropiación indirecta. La empresa argumenta que a través del Acuerdo Gubernativo de lesividad se ha limitado el usufructo de 50 años. Así mismo, la empresa manifiesto que ha optado por una solución al conflicto a este nivel, por considerar que el sistema legal de Guatemala puede ser manipulado en su contra.

Paralelo a este juicio de carácter internacional, también se ventilan varios juicios arbitrales nacionales, los que se realizan ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC).

No obstante, que de acuerdo con el derecho interno, la declaratoria de lesividad no se encontraba firme, se tendría que obtener una respuesta de un tribunal local para decir que la lesividad existe.

CAPÍTULO III

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL DE FERROCARRILES DE

GUATEMALA, FEGUA.

I. Antecedentes

La historia del ferrocarril en Guatemala; está ligada a las líneas férreas que empezaron a construirse en las décadas de 1870 y 1880, durante la Revolución Liberal, encabezada por el general Justo Rufino Barrios. Las primeras fueron la construcción del tramo San José-Escuintla y Ciudad Capital, que concluye el 15 de septiembre de 1884 cuando entra en funcionamiento, y las de Champerico y Retalhuleu. La construcción de la red ferroviaria siguió su desarrollo, con capital privado, de Champerico a San Felipe, de Ocosingo a Vado Ancho y de la Ciudad de Guatemala a Mazatenango. Este periodo se caracteriza por el impulso que da la reforma liberal a esta actividad, y a las necesidades de la incipiente industria del café, así como al deseo de construir el Ferrocarril del Norte, que se consideraba como la posibilidad de una vía al océano Atlántico que facilitaría la salida a la producción de café con destino hacia Europa y la costa este de Estados Unidos. Para financiar el proyecto, J.B. Barrios en 1883, emite un decretó, en el que se obligaba a todos los guatemaltecos que ganaran más de ocho pesos al mes a comprar acciones por un valor de 40 pesos. Como se ha indicado dentro de los objetivos del régimen liberal estuvo el de construir el “Ferrocarril del Norte”, pero este se vio frustrado por la guerra contra El Salvador, la falta de créditos y la muerte de Reina Barrios.

En el proyecto del Ferrocarril del Norte el Gobierno consiguió construir la línea férrea desde Puerto Barrios hasta el Rancho. En 1904, la carencia de capital para terminar los 94 kilómetros que faltaban hasta la Ciudad de Guatemala obligó al entonces presidente Manuel Estrada Cabrera concesionar la línea, por 99 años, a la United Fruit Company, a cambio que terminaran el tramo hasta Guatemala, por lo que estos tramos pasaron a ser administrados por la United Fruit Company

(UFCO) por sus siglas en Ingles. Dentro de los primeros acuerdos alcanzados con el gobierno guatemalteco se incluía el uso de las vías del ferrocarril y la exclusividad a transportar el correo entre Guatemala y Estados Unidos. Por otro lado con la expansión de la producción del banano y el incremento de las exportaciones, permitió que en 1912, la UFCO creara la empresa ferroviaria conocida como Internacional Railways de Centroamérica IRCA, a partir de la concesión que el gobierno de Estrada Cabrera le otorgara para operar el ferrocarril hacia el Atlántico. Con ello, la expansión del capital transnacional del banano se consolida rápidamente en todo el territorio nacional, controlando puertos, telégrafos, ferrocarril, y la producción de energía. En otras palabras la UFCO obtuvo el control de todos los medios de transporte y comunicaciones en el país. En 1968, la IRCA entra en crisis. Esta condición perdura hasta finales de los años 60 y principios de los 70, cuando decide retirarse del país. El entonces gobierno de Julio Cesar Méndez Montenegro adquiere la maquinaria de IRCA, en ese momento ya bastante obsoleta, y crea la empresa Ferrocarriles de Guatemala FEGUA. Por su crítica condición financiera es intervenida en julio de 1982 durante el gobierno del general Mejía Víctores.

En Octubre de 1997, el gobierno del entonces presidente de Guatemala Álvaro Arzù, privatizaba FEGUA a favor de la empresa norteamericana Railroad Development Corporation RDC, cuya sede se encuentra en Pittsburg Estados Unidos. Dicha empresa se declaraba como especializada en operaciones, negocios y administración, teniendo como modelo de negocios el desarrollo de la logística basado en el ferrocarril, el uso de las instalaciones portuarias y el desarrollo de fibra óptica entre otras actividades comerciales.

Su actividad y su inversión en Guatemala se realizaría principalmente en la administración de 800 Kilómetros de línea férrea a través de su subsidiaria Ferrovias de Guatemala. Desde un principio la empresa se enfrentó con las dificultad de años de abandono de la planta ferroviaria, poca inversión y la destrucción generada por el huracán Mitch en las vías.

El servicio comercial fue suspendido temporalmente y fue restituido en 1999 en forma parcial -dos años después de la concesión-, luego de rehabilitar un tramo de 60 kilómetros que une Ciudad de Guatemala con El Progreso, cuyo trayecto fue utilizado principalmente para el transporte de cemento de la fábrica localizada en dicha región. Posteriormente se rehabilitó el tramo entre Puerto Barrios - Santo Tomás de Castilla y la Ciudad de Guatemala con el objetivo principal de transportar carga entre ambos destinos.

La inversión inicial se estimó en 10 millones de dólares, de los cuales un porcentaje minoritario correspondía a accionistas guatemaltecos y se orientó básicamente a la rehabilitación del sistema. La concesión se realizó por medio de un contrato privado que incluía la figura del usufructo oneroso, con lo cual dicha empresa obtenía los activos físicos de la antigua compañía y el derecho exclusivo del uso de la vía, durante un período de cincuenta años. La mayor parte de las locomotoras de la antigua empresa estatal no operaban desde un par de años atrás, debido a las pérdidas que al Estado le ocasionaba el funcionamiento del ferrocarril, por lo tanto el compromiso adquirido por RDC era no solo propiciar de nuevo el funcionamiento del ferrocarril si no también incluía su modernización.

La empresa RDC no logró la rehabilitación de las rutas que se había comprometido, así como operar con fluidez la ruta del Atlántico, y se dedicó a obtener ingresos en usos alternativos por el derecho de paso (Planos y Puntos/Gesur, Zeta Gas, Texaco Guatemala y Genor) a través del arrendamiento de bienes inmuebles obtenidos dentro del contrato de concesión que el Estado le otorgó. Suspende operaciones a partir de la declaración de lesividad por parte del Gobierno de Guatemala.

2. Información institucional

La historia de Ferrocarriles de Guatemala FEGUA, desde una perspectiva institucional permite identificar tres momentos de suma importancia: La de su

creación en 1969, la de su intervención en 1982, y la de concesión de sus servicios 1997.

La constitución y naturaleza de la institución

La Empresa de Ferrocarriles de Guatemala FEGUA, cuyo nombre abreviado es FEGUA, fue creada mediante el Decreto 22-69 del Congreso de la República de Guatemala, y modificado por el Decreto 60-72 del Congreso de la República que contiene la “Ley Orgánica de Ferrocarriles de Guatemala” del 28 de septiembre de 1972. Es una entidad estatal descentralizada autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir Derechos y Obligaciones. Tiene duración indefinida, su domicilio es la ciudad de Guatemala, puede establecer agencias en toda la república y fuera de ella cuando lo requiera el desenvolvimiento de sus actividades. FEGUA tiene por objeto la prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga y pasajeros, servicios auxiliares tales como muellaje y demás operaciones relacionadas.

El segundo momento a que nos referimos es al surgimiento de la intervención que se remonta al gobierno de facto del general Mejía Víctores, al considerar que la empresa por no cumplir los requerimientos exigidos por el desarrollo económico y social del país, es intervenida mediante el acuerdo gubernativo 100-2 del 1 de julio de 1982 y ratificado con el Decreto Ley 162-83, en el que se argumenta que al persistir una situación financiera deficitaria, el Estado de Guatemala se ha visto obligado a subsidiarla para que esta pueda cumplir con sus compromisos adquiridos.

Producto de la intervención se nombra un Presidente Interventor que asume las funciones y atribuciones que conforme a Ley Orgánica corresponden a la Junta Directiva, al Gerente y cualquier otro funcionario que hubiere. Así mismo, le corresponde la representación legal de la empresa, tanto judicial como extrajudicial. “Para tales efectos, toda referencia de la Ley Orgánica, su reglamento y demás disposiciones de la Empresa, que la Junta Directiva y

Gerencia, deberá entenderse como “La intervención”, mientras dure esta. (Art. 5. Decreto ley No. 91-84). En el período histórico comprendido del año 1986 al 2013 la empresa ha tenido varios interventores, de los cuales por estar vinculados en el tema que nos ocupa hacemos mención solamente de los siguientes: Lic. Andrés Porras Castillo (1997) firma el Contrato de Fideicomiso de Administración y Pago; entre FEGUA, Ferrovías y Banco Agrícola Mercantil. (Contrato 820, en litigio). Hugo René Zarceño Orellana que firma los contratos 143/158, sin tener la facultad o autorización para disponer por sí solo, de los bienes muebles o inmuebles de FEGUA, incluyendo el equipo ferroviario, pues este requería de un acuerdo gubernativo, el cual también se encuentra en litigio. Ambos fueron funcionarios del gobierno de Álvaro Arzú Irigollen (1995-1999). Previo a la declaración de lesividad, el interventor de FEGUA (2004-07). Dr. Oscar Arturo Gramajo Mondal quien a partir de un análisis jurídico de los contratos 143 y 158 (usufructo de equipo) determinan que estos adolecían de irregularidades que debían de subsanarse, por lo que el Contrato era ilegal, lo que comunica a la gerencia de Ferrovías. Argumentos que posteriormente constituyeron aspectos sustantivos en la declaratoria de lesividad (los que se desarrollan con mayor profundidad más adelante en este informe), fue funcionario de la administración del Lic. Oscar Berger Perdomo (2005-2007). Lic. Carlos Samayoa Flores (2008-2013) Se caracteriza por una participación más activa en la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles ALAF, y continua dando soporte a los juicios nacionales e internacionales de FEGUA, así como proponiendo proyectos alternativos, sin que estos afectaran los contratos suscritos con Ferrovías, funcionario de la administración del Gobierno de Álvaro Colom Caballeros (2008-2011) y de Otto Pérez Molina (2012-13).

Retomando el tema del devenir histórico de FEGUA por problemas de inversión mínima y capital de trabajo limitado, cierra operaciones de pasajeros en 1994 y de carga en 1996. Y sufre un incendio en sus instalaciones centrales el 6 de noviembre 1995 (interventor Lic. Edgar Alfredo Balsells Conde de 11/08/1995 a

01/02/1996) que se atribuyó a un corto circuito. En el siniestro se quemó el 50% de la nave central del lado poniente, donde estaban situadas las principales oficinas administrativas y la intervención.

En mayo de 1997, se privatiza la prestación del servicio ferroviario al concesionario. FEGUA deja de tener como objetivo la prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga y pasajeros, servicios auxiliares tales como muellaje y demás operaciones relacionadas.

Condición que se modifica a partir de los contratos suscritos entre FEGUA y FDG:

1. Contrato de Usufructo Oneroso de Derecho de Paso (Escritura 402, por un plazo de cincuenta (50) años). 2. El Fideicomiso para la Rehabilitación y Modernización del Sistema Ferroviario en Guatemala (Escritura número 820, con vigencia de veinticinco (25) años).Y 3. El Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario (Escritura número 158); por lo que pasa de un operador directo a supervisar el cumplimiento de los mismos, lo que la obliga temporalmente (tiempo que dure la concesión) a replantear su misión, visión, sus objetivos estratégicos y objetivos operativos, la estructura de funcionamiento y su presupuesto. Aspectos que se detallan a continuación:

Su MISIÓN es supervisar y controlar el servicio público de transporte y equipo ferroviario prestado por la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A. Resguardar los Bienes muebles e inmuebles propiedad de Ferrocarriles de Guatemala y proponer nuevos proyectos de desarrollo ferroviario.

Su objetivo estratégico:

Es el resguardo y protección de los bienes de FEGUA, y la verificación de cumplimiento del Contrato de Usufructo Oneroso No. 402, y el No.158 de uso de equipo ferroviario.

Su objetivo operativo

A partir de la declaración de lesividad por parte del gobierno de Guatemala, lo constituyó la supervisión del estado de la vía férrea, bienes muebles e inmuebles, equipo rodante de tracción y arrastre. La orientación de los Planes de Trabajo de acuerdo a las memorias anuales, de muestran, que a partir de la privatización (1997) del servicio ferroviario a favor de la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A. se han alineado bajo los siguientes aspectos:

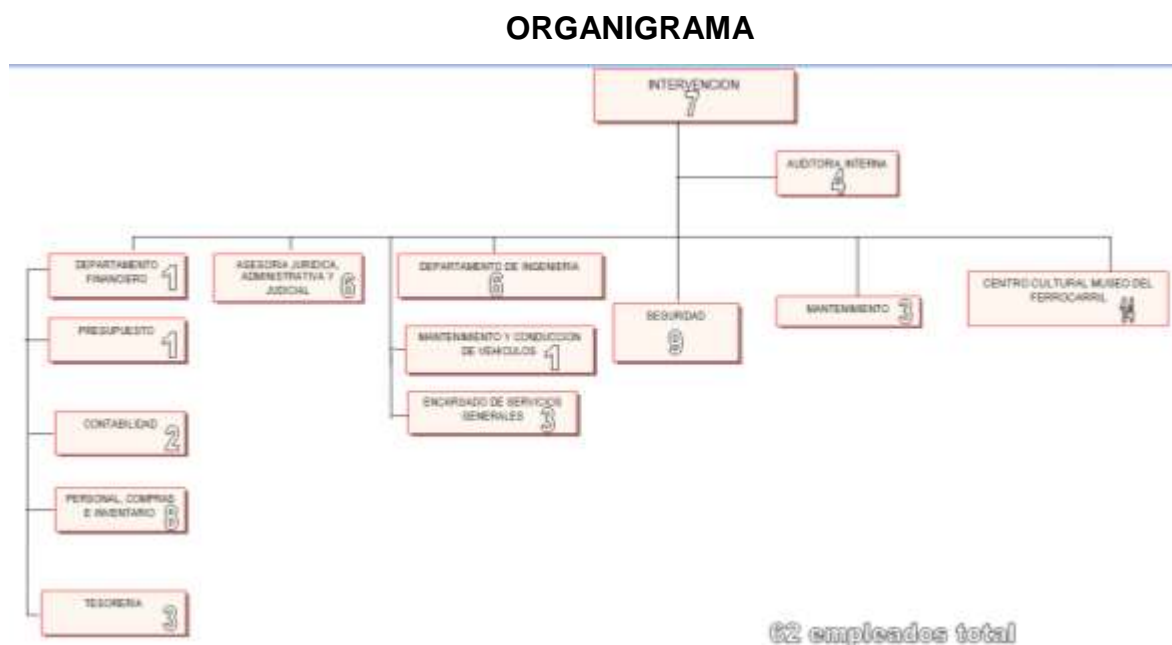
- a) Control de operación, manejo y administración del transporte, mediante la fiscalización del contrato de usufructo No. 402 con CODEFE-FERROVIAS.
- b) Auditar los contratos con Compañía Bananera Independiente Guatemalteca COBIGUA y DARSA. Supervisión del estado de la vía férrea, bienes muebles e inmuebles, equipo rodante de tracción y arrastre.
- b) Conservación de bienes históricos ferroviarios (Centro Cultural y Museo del Ferrocarril).

Otra actividad significativa lo constituyó el estudio realizado por la empresa para la reubicación de las persona y grupos asentados en el derecho de vía propiedad de FEGUA, que dado a que Guatemala ha enfrentado desastres naturales y conflictos sociales han obligado a gran parte de la población de escasos recursos a ocupar terrenos de la vía férrea, viviendo en condiciones de riesgo y sin oportunidad de optar a una vivienda digna y con certeza jurídica de propiedad, lo que también ha limitado la posibilidad de desarrollo de otros proyectos ferroviarios como el de Guatemala y El Salvador, por lo que desde el año 2009, ha sido de particular interés el encontrar una solución pronta y viable a esta problemática social, que en administraciones anteriores no fueron consideradas.

Argumentan que el desarrollo de un país, tiene como base su movilidad, tanto de personas como de mercancías, por lo que, al liberar el espacio para el tráfico ferroviario, se generan expectativas para inversionistas.

A la fecha no existían proyectos que pudieran solucionar los problemas de los asentamientos humanos en la vía férrea para el restablecimiento del transporte ferroviario en forma eficiente y segura.

La estructura y Funcionamiento de FEGUA para cumplir sus metas y objetivos se expresa en el siguiente organigrama que muestra su división administrativa y el número de empleados en cada unidad, que arroja un total de 62.



Fuente: Informe de labores 2011.

Patrimonio y Régimen Económico Financiero

El patrimonio de ferrocarriles de Guatemala FEGUA se encuentra registrado en los informes de Contabilidad Patrimonial.

Presupuesto:

Cada ejercicio económico contable de la institución se computa desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año.

FEGUA recibe ingresos propios provenientes de:

a) Arrendamientos de bienes inmuebles (Casas de distintos tipos en el Barrio de Gerona), otros inmuebles se les arrenda a Transportes J.J., a una ONG Asociación con fines solidarios, Empresa Eléctrica de Guatemala (Av. del Ferrocarril). Mayorpit, Sociedad Anónima.

b) Otros servicios no ferroviarios, intereses bancarios, un aporte del gobierno central de Q.450.000 anuales, a través del Ministerio de Comunicaciones infraestructura y vivienda, y estimación un saldo de caja durante el ejercicio, del usufructo del muelle de Puerto Barrios (2%) sobre la carga bruta manejada por COBIGUA, según el contrato con esta empresa, ya que sus cánones aportan más o menos el 50%, el presupuesto de FEGUA. tiene especial importancia para FEGUA.

En relación al tema laboral es importante consignar que pese a las circunstancias por las que atraviesa la empresa, se encuentra vigente el Sindicato de Acción y Mejoramiento Ferrocarrilero SAMF, que cuenta con un espacio para sus oficinas dentro del edificio de la estación central de FEGUA. Además, existe una clínica médica para los jubilados y personal de FEGUA.

Desde la perspectiva de Protección de los bienes Culturales y Patrimonio de la Nación, se hace necesario consignar el Centro Cultural y Museos del Ferrocarril en Guatemala y en Zacapa, cuyo antecedente se remonta al mes de agosto de 2003, año en que se celebra un Acuerdo de Cooperación Cultural, en la que FVG le otorga a FEGUA la posibilidad de exhibir varias locomotoras y vagones históricos que habían sido restaurados por FVG en los Museos del Ferrocarril de la ciudad de Guatemala y de Zacapa. Es importante señalar que los primeros esfuerzos para este fin, fueron realizado por iniciativa de empleados de FEGUA, aportando su mano de obra gratuita y algunas veces contribuyendo con recursos económicos de su propio peculio.

CAPÍTULO IV

CONTRATOS REALIZADOS ENTRE FEGUA Y RDC.

Producto de la investigación se pudo establecer que FEGUA realizó varios contratos con Railroad Development Corporation RDC, por lo que, para una mejor comprensión de la información recopilada sobre el tema, se estableció una Línea de Tiempo (hechos en orden cronológico). La cronología de la relación contractual entre FEGUA y Ferrovías, parte de la Licitación Pública Internacional para operar el ferrocarril en Guatemala, hecho que da lugar a los contratos iniciales entre estas empresas, que posteriormente al declararse uno de ellos nocivo a los intereses de la nación se declara Lesivo, lo que genera controversias que se ventilan a nivel nacional e internacional.

Antecedentes de los contratos:

- 1. En 1997, el Gobierno de Guatemala saca a licitación pública internacional para operar el ferrocarril, la que fue otorgada a la compañía Ferrovías de Guatemala, S.A (Contrato de Usufructo Oneroso de Derecho de paso No. 402 (28/11/1997) por 50 años, ratificado por el Congreso de la Republica, Decreto 27-98 (16/04/1998).*
- 2. Contrato de Fideicomiso de Administración y Pago; entre FEGUA, Ferrovías y Banco Agrícola Mercantil. (Contrato 820, en litigio).*
- 3. El Contrato de Usufructo oneroso del Equipo Ferroviario Escritura No. 41 (23/03/1989). La que nunca fue formalmente aprobada por acuerdo gubernativo, (Objeto de Litigio).*

Es importante consignar que antes de la declaración de Lesividad (11 Agosto 2006) por parte del gobierno de Guatemala, Ferrovías filial de Railroad Development Corporation ya había iniciado dos procesos de arbitraje en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala CENAC, uno para exigir que el gobierno desalojara y reubicara a las personas que habían invadido la línea

férrea y el otro para que trasladara más de US\$2 millones a un fideicomiso para la rehabilitación de la infraestructura férrea.

Descripción de los hechos:

En 1997, el gobierno de Guatemala saca a licitación pública internacional la oferta para operar el Ferrocarril, e integró una junta calificadora que evaluó las ofertas presentadas por las empresas interesadas en obtener **el usufructo oneroso del derecho de vía**, otra para atender con el mismo fin, a las empresas interesadas en obtener **el usufructo oneroso sobre el equipo ferroviario** y de los bancos interesados en administrar el fideicomiso establecido para la rehabilitación de la vía férrea. El Sr. José Miguel Carrillo antiguo trabajador de FEGUA refiere que “los usufructos onerosos (el de derecho de vía y el de equipo) fueron objeto de dos licitaciones públicas separadas, celebradas en momentos distintos, cada una con sus propias bases de licitación y requisitos que debían cumplirse” (Carrillo, 2008). En el proceso de licitación sobre el derecho de vía fueron diez empresas las que manifestaron su interés de las cuales solo dos, la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S. A. (“CODEFE” o “FERROVIA”) y Agenda 2000, presentaron ofertas formales dentro del proceso. De estas dos, explica el Sr. Carrillo “solo la oferta de Ferrovías cumplió con los requisitos básicos de las Bases de Licitación que regían el proceso. Luego de estudiar la propuesta de Ferrovías, la cual conforme las Bases de Licitación, contenía una oferta técnica y una oferta económica, la Junta Calificadora declaró a esta empresa como ganadora de la licitación pública y le confirió el usufructo oneroso sobre el derecho de paso. Añade, “La decisión de seleccionar a Ferrovías como la empresa ganadora de la licitación respondió en gran medida a las representaciones que hizo esta empresa sobre su experiencia en la operación de ferrocarriles, en el respaldo económico y en base a las proyecciones económicas realizadas en su oferta económica”.(Carrillo.J.2011).

La empresa propietaria de Ferrovías, Railroad Development Corporation RDC, manifestaba ser una corporación privada incorporada bajo las leyes del Estado de

Pennsylvania. Cuya actividad principal es dedica a la inversión y administración ferroviaria que se enfoca en corredores emergentes en mercados emergentes, lo que incluye vías férreas y otros negocios complementarios, como transmisiones de puerto, fibra óptica, redes eléctricas conducción y trasportación de petróleo, así como desarrollos comerciales e institucionales de otros usos de líneas ferroviarias, estaciones y rutas, principalmente en países en vías de desarrollo. Contaba además con operaciones ferroviarias en los Estados Unidos (Ferrocarril interestatal de Iowa), Argentina y Perú y anteriormente poseía intereses y operaba las vías férreas en Estonia, Malawi y Mosanbique. (Posner III.H.2011). La empresa de inversión y filial, Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., que opera bajo el nombre de Ferrovías Guatemala FVG, cuyo presidente de la RDC es Henry Posner III. La FVG es una empresa formada bajo las leyes de la República de Guatemala que es de su propiedad y está controlada por RDC, la que a su vez es propietaria directa del 82% de acciones en circulación de FVG. El restante 18% está dividido entre 65 inversionistas guatemaltecos. FVG fue formada específicamente para ser el vehículo para que RDC licitara y celebrara los contratos de usufructo de las vía ferroviaria con el Gobierno de Guatemala. Según sus estatutos, FVG tiene como misión satisfacer las necesidades de transporte que demanda el mercado, con un servicio de transporte de alta calidad, tanto en operación, seguridad y competitividad, para asegurar el éxito de sus clientes, la empresa y el país.(Documento,RDC.2001).

La empresa norteamericana RDC, que ganó la licitación pública en 1997 a través de su subsidiaria, la Compañía Desarrolladora Ferroviaria (FVG), se comprometió a renovar y operar la línea ferroviaria que había quedado en desuso. La empresa FVG, afirma que para operar el ferrocarril de manera exitosa y eficiente, le era necesario tres de los contratos suscritos entre FEGUA y FDG:

a) El Contrato de Usufructo Oneroso de Derecho de Paso (Escritura 402, por un plazo de cincuenta (50) años),

b) El Fideicomiso para la Rehabilitación y Modernización del Sistema Ferroviario en Guatemala, que fue adjudicado al Banco Agrícola Mercantil de Guatemala, Sociedad Anónima. De conformidad con el acuerdo de intervención número cero siete guion noventa y nueve (007-99), de 6 de abril de mil novecientos noventa y nueve, firmada por el interventor Andrés Porras Castillo,

c) y el Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario (Escritura 41- nunca fue formalmente aprobada, modificada por la 143, que a su vez fue modificada por la Escritura número 158.

Como se ha indicado, Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA ha suscrito con FERROVÍAS FVG, varios contratos, los que después de haberse consultado los originales que se encuentran bajo la custodia del interventor de FEGUA se presentan a continuación en una síntesis con los detalles más relevantes:

a) Contrato de Usufructo Oneroso de Bienes de Utilidad Ferroviaria Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala –FEGUA- para la Prestación de Transporte Ferroviario, entre Ferrocarriles de Guatemala – FEGUA- y Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, suscrito en Escritura Pública número cuatrocientos dos (402), autorizada en la Ciudad de Guatemala el día veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), por Byron Díaz Orellana, Escribano de Cámara y de Gobierno. El Usufructo y el Contrato de Derecho de Paso fueron ratificados por el Congreso de Guatemala mediante el Decreto 27-98 el 16 de abril de 1998 y publicados en el Diario Oficial el 23 de mayo de 1998. Bajo los términos de esta escritura Ferrovías FVG está obligada a proporcionar servicio ferroviario “adecuado y continuo, de conformidad con su Plan de Negocios contenido en la oferta presentada en la licitación que originó el contrato”, y conservar todos los activos y elementos sujetos al contrato. Además, la faculta a DESARROLLAR Y OBTENER INGRESOS EN USO ALTERNATIVOS POR EL DERECHO DE PASO Y LOS BIENES INMUEBLES DE FEGUA a través

de instalación de **gaseoducto y líneas transmisión eléctrica y de fibra óptica, así como desarrollo comercial e institucional de parcelas propiedad de FEGUA limítrofes con la línea del tren.** De conformidad con sus derechos para desarrollar y obtener ganancias en usos alternativos por **el derecho de paso**, previo a la Declaración de Lesividad, FVG firmó contratos a largo plazo de derecho **de servidumbre** con cuatro empresas diferentes (Planos y Puntos/Gesur, Zeta Gas, Texaco Guatemala y Genor) y un arrendamiento a largo plazo con Chiquita para una instalación portuaria en Puerto Barrios.

En este contrato FVG acordó pagar (y ha pagado dice Posner) a FEGUA una regalía (similar a un pago de derechos) del cinco por ciento (5%) del ingreso bruto de operaciones durante los primeros cinco (5) años del Usufructo e, iniciado el sexto año, el diez por ciento (10%) del ingreso bruto en ambos, transporte ferroviario y otros ingresos.

b) Contrato de Fideicomiso de Administración y Pago entre Ferrocarriles de Guatemala –FEGUA- y Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, y Banco Agrícola Mercantil de Guatemala, Sociedad Anónima, en Escritura Pública número 820, autorizada en la Ciudad de Guatemala el día 30 de diciembre de 1999, por el notario Eduardo René Cabrera Polanco. Con una vigencia de 25 años, que vencen el 31 de diciembre 2025. Para los efectos del fideicomiso, se define como contratos afectos todo contrato de uso, usufructo, servidumbre o arrendamientos suscritos por FEGUA y terceros con anterioridad al veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete y sus modificaciones si las hubiere. Los ingresos provenientes de estos contratos están afectos al fideicomiso y deberán ser transferido directamente al mismo durante el tiempo en que este último tenga vigencia. Y agrega que los contratos relacionados serán proporcionados por FEGUA al fiduciario en un plazo no mayor de quince (15) día a partir de la iniciación del presente contrato.

c) Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario, Bienes de Utilidad Ferroviaria Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala –FEGUA-, suscrito en Escritura Pública número 143, autorizada en la Ciudad de Guatemala el día 28 de

agosto del 2003, por la notaria Claudia Mariela Marroquín Luther. Esta sustituyó a la Escritura número 41, de fecha 23 de marzo de 1999, dado que esta nunca fue formalmente aprobada por Decreto Gubernativo. Pero a su vez, esta fue modificada el 7 de octubre de 2003 por la Escritura número 158. En el anexo No. 1 del mismo se adjunta el listado que se detalla en el contrato de usufructo del equipo ferroviario, que fuera entregado a ferrovías: Furgones, plataformas, carros tanque, góndolas, jaulas, carros de pasajeros, carros especiales, furgón para vehículos, carros de equipaje, carros campamento, equipo de apoyo, carros tanque de agua para vapor-tenders, motores de vía, carros de auxilio, locomotoras de vapor, locomotoras diesel eléctricas, vagones de cola-caboosse, carros fruteros, tornos, taladros, punzadoras, etc.). Cabe señalar que independientemente del listado de equipo, FEGUA se obligó

A ENTREGAR LOS BIENES QUE POR CUALQUIER CAUSA NO SE HUBIERE ENTREGADO EN LISTADO RESPECTIVO, SI LA USUFRUCTUARIA CONSIDERA QUE LOS MISMOS SON DE UTILIDAD FERROVIARIA, SIENDO UNA DESCRIPCIÓN GENÉRICA Y SE ADMITE QUE POR LA NATURALEZA Y FINES, es decir que si con posterioridad a la suscripción aparecieren o hay otros bienes que encuadre, FEGUA., está obligada a entregarlos en forma inmediata, así como los repuestos.

Derivado de los contratos anteriores, se han originado LOS JUICIOS ARBITRALES NACIONALES, los que se ventilan ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC). Siendo estos los siguientes:

a) Arbitraje de Equidad 2-2005 planteado el 17 de junio de 2005.

Derivado de la existencia de una cláusula compromisoria, en cuanto a la resolución de controversias, contenida en el Contrato número 820 celebrado el 30 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve por el Notario Eduardo Cabrera Solano, celebrado entre Ferrovías, Fegua y el Banco Agrícola Mercantil, S.A., consistente en Contrato de Fideicomiso de Administración y de Pago, ante el

Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC).

La entidad Ferrovías promovió dicho arbitraje aduciendo que FEGUA incumplió con sus obligaciones contraídas en dicho contrato, al no haber pagado al Fideicomiso conforme su obligación. FEGUA estaba obligada, ha realizar pagos anuales de hasta US.\$ 500,000 al Fideicomiso establecido. Este debía ser usado exclusivamente por FVG para rehabilitación y modernización del sistema ferroviario. FVG alega que al no haber hecho ningún pago FEGUA por este concepto la deuda acumulada desde junio de 2005 excede los US.\$2.5 millones. (Posner III.)

A la fecha de la investigación del expediente en el CENAC la última actuación del tribunal fue la “declaratoria sin lugar” del Incidente de Inconstitucionalidad planteado por Fegua. Existe contra el mismo un recurso de apelación planteado por Fegua ante la Corte de Constitucionalidad. En el expediente en mención no consta lo resuelto en definitiva por la referida corte.

b) Arbitraje de Equidad 03-2005 planteado el 25 de Julio de 2005.

Derivado de la existencia de una cláusula compromisoria, en cuanto a la resolución de controversias contenida en el contrato de Usufructo Oneroso de Bienes de Utilidad Ferroviaria propiedad de Ferrocarriles de Guatemala- FEGUA- para la prestación del transporte ferroviario, la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria Sociedad Anónima promovió arbitraje en contra de FEGUA en cuanto a desocupar las vías férreas de los invasores de tierra, aduciendo que la vía debe de estar libre a los 15 metros de cada lado de vía a lo largo de la línea férrea.

A la fecha del estudio, según revisión física del expediente se determinó que el mismo no ha tenido ningún movimiento desde mayo del año 2008, encontrándose pendiente de resolver incidente de Constitucionalidad planteado por FEGUA. El mencionado recurso no suspende la facultad de las partes de accionar el arbitraje.

Adicionalmente en enero del año 2011, Fegua y Ferrovías figuran como sujetos procesales dentro de los siguientes expedientes:

Proceso Contencioso Administrativo 389-2006.

Mediante Acuerdo Gubernativo número 433-2006 de fecha once de agosto del dos mil seis, emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, declaró lesivo para los intereses del Estado de Guatemala el contrato de USUFRUCTO ONEROSO DEL EQUIPO FERROVIARIO PROPIEDAD DE FERROCARRILES DE GUATEMALA. Publicado en el Diario oficial de Guatemala, el 25 de agosto de 2006.

La Procuraduría General de la Nación en representación del Estado de Guatemala, como consecuencia de la declaratoria de Lesividad promovió Proceso Contencioso Administrativo en contra de la Compañía Desarrolladora Ferrovías, S.A.

Ferrovías presentó dos recursos de excepción con el argumento de que el tribunal de lo contencioso administrativo no es la instancia competente para resolver la lesividad declarada por el Gobierno en el 2006. Añadiendo que a ese tribunal no le compete conocer el caso por que el contrato de usufructo del sistema férreo establece que el procedimiento debe realizarse por la vía del arbitraje. Además, se argumenta que la demanda de lesividad presentada por la Procuraduría General de la Nación (PGN) tiene errores de forma porque, los contratos no son susceptibles de demandas sino las personas. (Carrasco. J. 2006)

Por otro lado, el procurador, Mario Gordillo (2006), indicó que como representante del Estado de Guatemala respondieron a las excepciones planteadas, aduciendo que ese tribunal sí tiene la competencia para conocer el caso amparados en la supremacía de la Constitución Política. La Constitución prevalece sobre cualquier acuerdo, y la Constitución dice que el tribunal competente es, el de contencioso administrativo. A la fecha de junio de 2012 el proceso se encuentra pendiente que se dictara sentencia.

Causa C-01076-2009-02520 Oficial Segundo Juzgado Undécimo de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

La referida causa surge a raíz de denuncia presentada por Ferrocarriles de Guatemala FEGUA., POR LA DEPREDACIÓN que ha sido objeto la estación ferroviaria denominada La Ermita, ubicada en la 2da. Calle 2-21 zona 6 del municipio de Guatemala, departamento de Guatemala. En la actualidad dentro de la presente causa Ferrovías planteó la incompetencia del juzgado; ya que pretende que la situación de la referida estación sea dilucidada por medio de un Arbitraje de Equidad, haciendo alusión a lo establecido en el Contrato 402.

DILIGENCIAS VOLUNTARIAS número 01045-2009-00631 oficial 3ro. del Juzgado Primero de Primera Instancia del Ramo Civil del Departamento de Guatemala.

Las referidas diligencias surgieron a raíz del requerimiento que FEGUA, ha presentado a FERROVÍAS, para que esta le permita el ingreso a los inmuebles que por el Contrato de Usufructo tiene en posesión, con el objeto de actualizar el inventario del equipo ferroviario que también por contrato de usufructo tiene en posesión dicha entidad. En la actualidad dentro de dicha diligencia la entidad Ferrovías pretende al plantear la incompetencia del juzgado, que el tema se dilucide mediante un Arbitraje de Equidad.

Volviendo a los contratos que motivaron la Lesividad, el informe (18/10/2011) del licenciado Aguilar consigna: que el contrato 143/158 requería de un acuerdo gubernativo para que naciera a la vida jurídica, dada la naturaleza y objeto de este contrato (la disposición de bienes muebles de propiedad del Estado de Guatemala), y agrega *“el interventor de FEGUA en su momento, Hugo René Sarceño Orellana, no tenía facultad o autorización para disponer por sí solo, de los bienes muebles o inmuebles de FEGUA, incluyendo el equipo ferroviario, pues está claro que se necesitaba de una autorización especial del Estado de Guatemala para disponer de los mismos a cualquier título”*.

En el mismo informe del Lic. Aguilar, sustenta su análisis en la forma siguiente: *“la disposición de estos bienes sólo puede hacerse, mediante la observancia del ordenamiento jurídico guatemalteco, tomando en consideración las Leyes especiales del país que regulan los requisitos y procedimientos que deben ser observados para la disposición de los bienes propiedad del Estado de Guatemala”*. En este asunto cabe resaltar que su argumento se basa en que bajo el derecho guatemalteco, el contrato de usufructo es una enajenación de los bienes del Estado. El experto refiere *“ninguna autoridad de FEGUA, lo que incluye a su junta directiva y gerencia –por haber sido intervenida- su intervención, no está facultada, conforme a la ley orgánica de FEGUA para disponer, a favor de terceros, de los bienes que están al servicio de FEGUA, toda vez que el uso y aprovechamiento de sus bienes tienen como exclusivo destino la prestación de los servicios ferroviarios a que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica de Ferrocarriles de Guatemala”*. En su declaración refiere a manera de ampliación “el artículo 462 del Código Civil, los bienes que constituyen el **“patrimonio del Estado”**, sean de uso común o de uso no común, están sujetos a las **“leyes especiales”** que los regulan y subsidiariamente, esto es, en todo aquello que no esté comprendido en las leyes especiales, a lo dispuesto por el Código Civil contenido en el Decreto Ley 106 (Código Civil, artículo 462). Los **“equipos ferroviarios”** de FEGUA, a que se refiere el contrato 143/158, son bienes que constituyen parte del **“patrimonio del Estado”** de Guatemala, por lo que todo lo que se relacione con su naturaleza, aprovechamiento y disposición se rige por las siguientes **“leyes especiales”**: [a] La **Constitución Política de la República de Guatemala**, que constituye la norma suprema; [b] La **Ley Orgánica de la Empresa Ferrocarriles de Guatemala**, contenida en Decreto 60-72 del Congreso de la República de Guatemala; [c] La **“Ley de Contrataciones del Estado”**, contenida en el Decreto 57-92 del Congreso de la República; y [d] El **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**, contenido en Acuerdo Gubernativo 1056-92”.(Aguilar. J. 2011)

Previo a la declaración de lesividad, el interventor de FEGUA (período 2004-07) Oscar Arturo Gramajo Mondal le informa (carta del 21 de 2004) al Sr. Jorge Senn

gerente de Ferrovías, que de acuerdo a una análisis del departamento jurídico se estableció que los contratos 143 y 158 (usufructo de equipo) contenían irregularidades. El Dictamen 47-2004 de FEGUA señaló entre otra cuestiones, que: i) el contrato de usufructo de equipo No. 41 no había sido aprobado por Acuerdo Gubernativo; ii) la Ley orgánica de FEGUA establece que el Interventor para contraer obligaciones garantizadas por el Estado requería de la autorización previa del ejecutivo; iii) FEGUA no estaba facultada para disponer sobre bienes que pertenecen en propiedad al Estado de Guatemala; iv) los Contratos 142 y 158 contenían irregularidades que debían de subsanarse. Por lo que era un Contrato ilegal. Argumentos que posteriormente constituyeron la base de la declaratoria de lesividad. (Gramajo. O. 2011).

.La Procuraduría General de la Nación emitió su dictamen 205-2005 sobre la legalidad de los Contratos 143 y 158 el 1 de agosto de 2005 en el cual se concluía que el contrato era lesivo a los intereses del Estado de Guatemala, el cual fue complementado mediante el Dictamen 749-2005.

La Declaración de Lesividad se emitió el 11 de agosto de 2006, por el Presidente Óscar Berger Perdomo, quien firmó la Declaratoria de Lesividad en Consejo de Ministros (Acuerdo Gubernativo No. 433-2006), en la que declaró que el usufructo de equipo (los carros y los motores del ferrocarril) bajo la Escrituras 143/158 causaban “daño”, es decir que los acuerdos fueron “PERJUDICIALES para los intereses de Guatemala”.

En el intervalo entre la firma y la publicación, el Gobierno presenta (24 de agosto de 2006) una propuesta de conciliación” a FVG, que consistía en modificación de los términos económicos de los Contratos de Usufructo, dejar sin efecto el arbitraje contra FEGUA y ceder los segmentos del ferrocarril no desarrollados (ruta de la Costa Sur), a otros inversores interesados. (Posner III. H. 2011). Al no llegar a un acuerdo las partes, la Declaración de Lesividad se hizo oficial el 25 de agosto 2006, por medio de su publicación en el Diario Oficial de Guatemala. Un aspecto

de suma importancia es el que la declaración y su publicación se da el último día laboral antes de que se venciera el periodo de tres años durante el cual, bajo la ley guatemalteca, el Estado pudiera pronunciarse en cuanto a la Escritura 143 y a 90 días de haber entrado en vigor TLC. El Estado de Guatemala da inició a un proceso Contencioso-Administrativo en contra de Ferrovías, con el propósito de que se conociera ante los tribunales de justicia la legalidad o ilegalidad de el contrato 143/158. Este se da dentro de los tres años que impone el artículo 20 de la ley de lo contencioso-administrativo. Ferrovías fue notificada y se le confirió audiencia, en cumplimiento al principio del debido proceso, para que hiciera valer los derechos y defensa que le asisten.

Las reacciones no se hicieron esperar. La Embajada de Estados Unidos, la Cámara de Comercio Guatemalteco-Americana (Am-Cham), y las Cámaras de Industria y de Comercio demandaron al Gobierno respetar los compromisos adquiridos con los inversionistas estadounidenses Oliver Griffith, consejero de Asuntos Económicos de la Embajada de EE.UU. en Guatemala, señaló que la declaración de lesividad suscrita por el Gobierno “*espanta a los inversores*”, y que “*su gobierno velará porque se les otorgue un trato equitativo a los inversionistas estadounidenses*”. (Prensa Libre.2006)

La respuesta de RDC fue plantear un juicio de arbitraje en contra de la República de Guatemala bajo el amparo del capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio entre EE.UU y Centroamérica a través del sistema de resolución de conflictos entre inversionistas y Estado.

Retomando los antecedentes del tema cabe mencionar que en los Reglamentos de Licitación Pública Internacional establecidos por el Gobierno de Guatemala para el Contrato de Usufructo Oneroso para el Transporte Ferroviario en Guatemala, entre otros puntos requería de una oferta técnica y una oferta económica. En su Plan de Negocios la empresa FVG propuso la rehabilitación de 800 Kms. de vía férrea en una fase obligada y cuatro fases adicionales potenciales distintas:

La Fase I involucraba reabrir los 320 Kms. del corredor Atlántico/Costa Norte, la cual conectaría las ciudades porteñas localizada en el litoral del océano Atlántico; Puerto Barrios y Puerto Santo Tomás con la Ciudad de Guatemala.

La Fase II involucraría la reapertura de 200 Kms. del corredor Pacífico/Costa Sur desde la Frontera con México en Tecún Umán hacia Escuintla y Puerto Quetzal.

La Fase III involucraría la construcción de un ramal a la planta de Cementos Progreso, un fabricante de cemento y socio minoritario de FVG.

La Fase IV, los corredores del Pacífico y del Atlántico se unirían por restauración de la línea Escuintla Ciudad de Guatemala.

En tanto la Fase V reabrirla la conexión entre El Salvador y Zacapa.

Entre los señalamientos que el Estado de Guatemala hace a FVG es la que no realizó ningún trabajo significativo para rehabilitar las fases subsiguientes a la fase I bajo el contrato de usufructo de vía No. 402, lo cual también incentivaba las invasiones en los derechos de vía (aspecto que se trata más adelante).

Posner III, en su declaración ya citada dice: *“A pesar de que el plan de rehabilitación de FVG estaba dividido en cinco fases, FVG solo se comprometía en esta oferta a completar la Fase I, reabriendo el corredor Atlántico. Las cuatro fases restantes se irían completando de acuerdo con las condiciones comerciales y si las inversiones de capital podían ser económicamente justificables”*. Agrega *“Nuestro Plan de Negocios también incluía un plan de rehabilitación completo para las locomotoras de FEGUA y los vagones de carga”*. Así como *“FVG comprometió en su Plan de Negocios una inversión inicial de US\$ 10 millones para rehabilitar el Corredor Atlántico (Fase I)*.

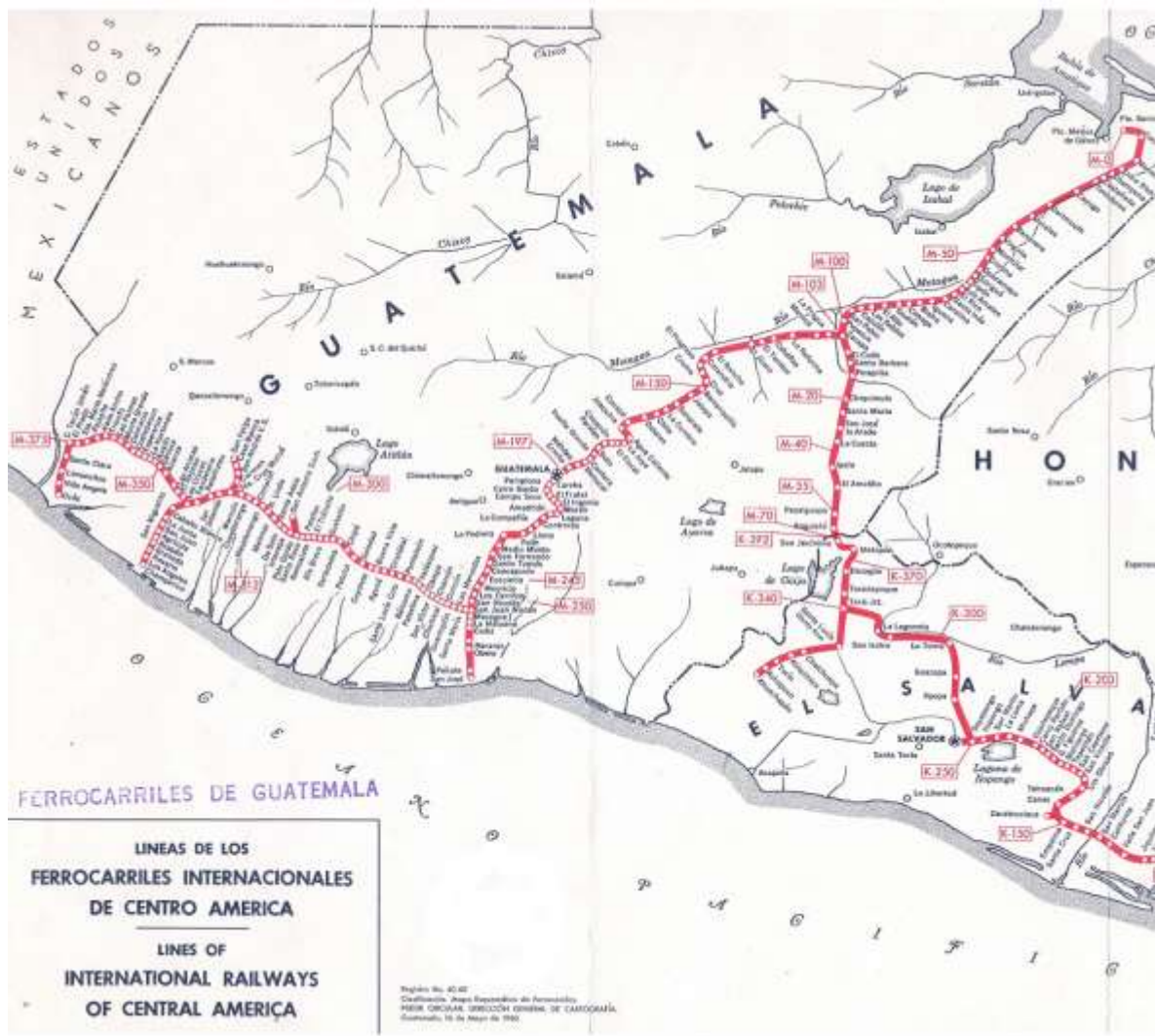
En cuanto a la inversión de RDC en la rehabilitación del sistema del ferrocarril de Guatemala: Posner argumenta *“Fiel a su compromiso y más allá del mismo, de 1998 al 2006 RDC invirtió casi U.S.Dls.\$ 15.4 millones en FVG, lo que fue usado principalmente para gastos de puesta en marcha y rehabilitación, operaciones y mantenimiento del ferrocarril y su equipo. Este también fue usado para retención y*

pago de más de cien empleados y la prestación de servicios de transporte “En el 2007 RDC contribuyó con U.S. Dls. \$1,034 millones adicionales, pero esto fue usado principalmente para el cese de actividades y costos de cierre de FVG, como un resultado de la Declaratoria de Lesividad”. (Ponsner III. H. 2011).

CAPITULO V

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

Como ya se indicado dentro de las responsabilidades de FEGUA está la supervisión del estado de la vía férrea, bienes muebles e inmuebles equipo rodante de tracción y arrastre. Para efecto de una mejor localización geográfica del área en la que se realiza dicha actividad presentamos el siguiente Mapa de las Líneas de los Ferrocarriles Internacionales de Centro América.



Información proporcionada por el Departamento de Ingeniería de FEGUA.

En el año de 2007, diez años después de otorgada la concesión en favor de Ferrovías, esta suspende actividades a partir de la declaración de lesividad, lo que repercutió de carácter inmediato en las siguientes actividades:

- a) *FEGUA deja de percibir ingresos por concepto de regalías.*
- b) *Se suspende el plan de reactivación de la Vía Férrea propuesta en las bases de licitación pública internacional para transporte ferroviario de carga, que contemplaba cinco fases ya indicadas (Puerto Barrios-Santo Tomas de Castilla- Guatemala, Tecún Umán – Santa María y Puerto del Quetzal-Escuintla, Guatemala- Cementos Progreso, Zacapa- Anguiat*
- c) *Incremento de las ocupaciones, asentamientos y deterioro del medio ambiente*

En el litigio de arbitraje internacional, en contra del Estado de Guatemala, la parte demandante, argumentó que el Estado era el responsable de la reubicación de los asentados y liberar la vía férrea para dar paso a los proyectos ferroviarios.²⁸

La unidad jurídica de FEGUA considera que de acuerdo al contrato 402 en la cláusula que se refiere a Derechos y Obligaciones, FEGUA adquirió el compromiso de actuar cuando sucedan usurpaciones o hechos ilícitos que afecten al usufructuario. En los casos más comunes el robo de rieles, usurpaciones con ánimo de permanencia en inmuebles que constituyen propiedad de FEGUA.

El ingeniero Miguel Ángel Samayoa afirma “*La verdad es que FVG no cumplió ni con el plan de rehabilitación que prometió, ya que el trabajo que se efectuó sobre la vía férrea fue pésimo y las labores de conservación y mantenimiento de la infra estructura por parte de FVG fueron casi nulas, incumpliendo de esta manera con sus obligaciones pactadas en el Contrato 402*” (Samayoa. M. 2011). Entre otros aspectos Samayoa señala: “*La falta de inversión, mal mantenimiento de la vía y del equipos ferroviario, y descarrilamientos continuos (la FVG en su oferta técnica*

se comprometió a eliminarlos). El problema de los invasores se incrementó por la falta de rehabilitación de otras secciones de la red ferroviaria. La empresa RDC no logró la rehabilitación de las rutas que se había comprometido, ni operar con fluidez la ruta del Atlántico, y se dedicó a obtener ingresos a través del arrendamiento de bienes inmuebles obtenidos dentro del contrato de concesión que el Estado le otorgo”.

En este sentido el derecho de vía y los patios de las estaciones ferroviarias, han sufrido un incremento en las ocupaciones ilegítimas de los mismos, derivados del abandono y falta de control de la empresa usufructuaria. Se han ocupado ilegalmente por algunos asentamientos humanos precarios, otros comercios (formales e informales), viviendas formales, industrias y explotaciones agropecuarias. También a contribuido a su incremento la presencia de fenómenos naturales tales como movimientos telúricos y huracanes.

1. Derecho de vía

De acuerdo a información proporcionada por el departamento de ingeniería el derecho de vía propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA la principal vía férrea en Guatemala, se inicia en la milla 0.00, localizada en el muelle hundido de Puerto Barrios, Izabal con un tendido ferroviario de 374.6 millas hasta Tecún Umán, frontera con México. Y que para efecto de la investigación del tema, se dividió en dos grandes Distritos: Distrito Norte: Puerto Barrios a Guatemala con 197.4 millas. Distrito Sur con 177.2 millas. Que actualmente, cuenta con cuatro ramales con un total de 113.2 millas uno de ellos del Empalme en la Milla 4 de Puerto Barrios a Puerto Santo Tomas de Castilla (Ramal privado propiedad de la Empresa Portuaria de Santo Tomas de Castilla), siendo estos: Las Cruces en Retalhuleu hacia el Puerto de Champeríco. Santa María en Masagua. Escuintla a Puerto de San José. Zacapa a Anguitú en la frontera con México.

El derecho de vía en toda la República de Guatemala es de 100 pies ingleses (30.48 metros de ancho), 50 pies ingleses desde el centro de la trocha a ambos lados (15.24 metros hacia ambos lados). Las Estaciones y Patios, difieren en el ancho y largo.

2. Asentamientos sobre el de vía férrea

En los años 2010-2011, FEGUA realizó un inventario sobre los asentados en el derecho de vía propiedad de Ferrocarriles de Guatemala.

El estudio sobre asentamientos humanos en el derecho de vía férrea los agrupa en:

Ocupaciones informales

Constituidas por asentamientos humanos en condiciones precarias; en la mayoría de los casos sin servicios básicos como: letrización, agua entubada, drenajes de aguas servidas y pluviales, energía eléctrica y acceso. Construidas con madera aserrada o rolliza, cartón lamina, cañas de cultivos, techo de palma o lamina de zinc y otros materiales improvisados obtenidos en la localidad. Estos casos se dan con mayor frecuencia en las áreas urbanas y sub urbanas.

Ocupaciones formales

Construcciones de block con refuerzo de concreto y acero. Cuentan con algunos servicios básicos y acceso, algunas de más de un nivel. En su mayoría en aéreas urbanas.

Los asentamientos humanos en la vía férrea, que han crecido en forma desordenada y con tipos de construcción improvisada que se han convertido en espacios habitacionales de alto riesgo.

2.1 Localización de los asentamientos

El estudio se limitó a las siguientes áreas:

Norte

Guatemala a Puerto Barrios

En la vía principal de Guatemala a Puerto Barrios se localizaron 4,445 de las cuales 2,347 son construcciones informales.

Distrito Sur

Ayutla-Guatemala.

De Ayutla (Tecún Umán) a Guatemala se localizaron 11,659 casos en la vía principal, predominando la construcción de tipo informal con 10,064 casos, 1,586 formales y 9 agroindustrias. Se considera como causa el hecho a que nunca fue rehabilitado el servicio ferroviario en esos lugares.

Ramal "E"

Las Cruces-Champeríco

En el ramal Las Cruces Champerico en Retalhuleu se localizaron 867 casos, predominando la construcción informal.

Ramal "B"

Santa María-Puerto San José

En el ramal de Santa María en Escuintla, se localizaron 1,584 casos, predominando la construcción formal.

2.2 Alteración de linderos

Otros aspectos de suma importancia consignados en el estudio son los siguientes: algunas agroindustrias ha alterado los linderos hacia los inmuebles en usufructo de Ferrocarriles de Guatemala, con diferentes tipos de construcción, según la actividad industrial a la que se dedican. Algunas constituyen fábricas y otras dedicadas a la ganadería o agricultura. Los linderos están contruidos con muros de block reforzado con concreto y acero, muros prefabricados, cercos de alambre con postes de madera o concreto y cercas prefabricadas, con malla metálica o

alambre de púas. A esto hay que agregar otros usos: Calles y caminos vecinales construidos por autoridades locales o personas particulares.

3. Propuesta de Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA para resolver el problema de los asentados sobre el derecho de la vía férrea.

El proyecto elaborado por FEGUA, pretende liberar el espacio ocupado, reubicando a los pobladores de la vía férrea a un solo lado de la vía en un espacio de 10 metros, en el que se podrían construir módulos vivienda en forma vertical.

El derecho de vía para la reubicación en 10 metros de ancho, sería puesto a disposición del Estado, quien será el encargado de la logística y adjudicación del proyecto.

La empresa pretende que la infraestructura ferroviaria recupere un espacio de 30.48 metros de ancho por todo el largo de la vía.

3.1.Las reivindicaciones de los pobladores

El objetivo principal de los pobladores es el de lograr un asentamiento digno y definitivo de las familias a ser trasladadas, que contempla:

1.Tierra y vivienda:

- a) Adjudicación de lotes sobre la base de un documento jurídico-legal.
- b) Régimen de patrimonio familiar.
- c) Facilidades de financiamiento para construcción de vivienda.
- D) Dotación de servicios básicos antes del traslado.

4. EL desalojo concertado

La presión de los pobladores por no ser desalojados del área que han ocupado por muchos años, ha contribuido a que la respuesta del Estado haya sido un desalojo concertado. En tal sentido exponemos a continuación dos casos en los que se aplica el manejo del problema por parte de la actual administración de FEGUA.

1. COLONIA FEGUA, SAN FELIPE (Retalhuleu). En el que FEGUA ha realizado la revisión de expedientes y seguimiento a los trámites legales de formalización de la tenencia de la tierra por pobladores que la poseen años atrás. Pendiente de la resolución de Bienes del Estado para legalizar los terrenos.

2. Otra actividad que ha realizado la institución es la de apoyo comunitario y mediación con los asentados en la vía férrea como lo son: La Colonia 13 de febrero, zona 12 de la ciudad capital, en el que se efectuaron las investigaciones catastrales correspondientes logrando que las familias que ocupan el lugar no fueran desalojadas por personas ajenas que aducían la propiedad del terreno.

CAPITULO VI

JUICIO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

El Juicio que se ventiló a nivel internacional relacionado con las reclamaciones de Railroad Development Corporation en contra de la República de Guatemala, se llevó a cabo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], en Washington. La empresa manifestó que optó por una solución al conflicto a este nivel, por considerar que el sistema jurídico de Guatemala podía ser manipulado en su contra. Demandando al gobierno de Guatemala por alrededor de US\$65 millones por daños y ganancias perdidas (US\$ 15 millones por concepto de inversión realizada y US\$50 millones por los ingresos que dejaría de percibir según el valor de la inversión proyectada). Constituye el primer arbitraje de inversión iniciado bajo el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana – América Central—Estados Unidos (TLCAC-RD). Argumentando que Guatemala ha violado el Artículo 10 del tratado referente a inversiones, el que establece la prohibición a los Estados para expropiar inversiones extranjeras sin pagar una compensación.

1. Desarrollo del Juicio internacional (Caso ICSID [CIADI] No. ARB/07/23).

A través de la notificación de intención recibida según el CIDAI el 20 de octubre de 2007, por parte de Railroad Development Corporation RDC se da apertura al caso bajo el número ARB/07/23 el día 15 de octubre del 2008.

1.1 Integración del Tribunal

El tribunal arbitral que examinó el caso fue integrado de la siguiente manera:
Presidente:

Dr. Andrés Rigo Sureda (Español): Ex trabajador del Banco Mundial donde trabajó desde 1971 hasta el 2008, luego se ha dedicado al arbitraje comercial, así como a la labor académica.

Árbitros:

Stuart E. Eizenstat (U.S) nombrado por RDC: Doctor en Derecho egresado de Harvard, presidente de la firma de abogados norteamericana Convinlang & Burling. Según su currículum, fue funcionario del Presidente de los Estados Unidos Bill Clinton así como asesor del gobierno de Israel.

James R. Crawford. (Australiano) nombrado por Guatemala: Académico egresado del Jesús College, se ha dedicado a realizar estudios en arbitraje y derecho internacional.

Secretaría del Tribunal.

Natali Sequeira.

Los representantes de la parte demandante y demandada reconocidos en forma oficial por el Centro fueron:

Por la parte demandante: En EE.UU. Sr. C. Allen Fóster, Sra. Ruth Espey-Romero, Sr. Kevin Stern, Sra. Regina Vargo. En Guatemala: Sr: Juan Carlos Carrasco en representación de Groote. Diaz-Durán & Asociados Central Law. (15 av. 18-28, zona 13).

Por la parte demandada: En EE.UU. David Orta, Patricio Grané, Daniel Salinas-Serrano, Bornard Molina García, Margarita R. Sánchez, en representación de la firma Arnold & Porter (555 12th. Street N.W. Washigton D.C.2004). En Guatemala: Rubén Morales Monroy, Óscar Erasmo Velásquez, Alexander Cutz Calderón (Dirección de Administración de Comercio Exterior, 8ª. Avenida 10-43, zona 1). Esto constituye el listado oficial, pero aparte de la firma Arnold & Porter en EE.UU, se integro el equipo de abogados del Ministerio de Economía, que además contaba con un contrato con el Bufete Palacios & Asociados en Guatemala.

1.2 Procedimiento del tribunal

La secretaria del tribunal Natali Sequeira (Septiembre 2011), comunica a los países que integran el tratado República de Costa Rica, Republica Dominicana, Republica del Salvador, Republica de Honduras, Republica de Nicaragua, y a las partes demandante y demandado, que de conformidad con los artículos 10.20.2 y 10.21.2 del CAFTA, informa aspectos respecto a la audiencia a celebrarse. Que la audiencia sobre el fondo se realizara del 6 diciembre al 16 de diciembre 2011. En la sala de conferencias MC4-800 del Edificio Principal del Banco Mundial (“MC”). 1818 H. Street WW. Estados Unidos de América. Las presentaciones orales y escritas. De conformidad con el Artículo 10.20.2 del CAFTA, las partes no contendientes podrán presentar comunicaciones orales y escritas ante el tribunal respecto a la interpretación.

El Tribunal, en consulta con las partes contendientes, establecerán en su debido momento las fechas de dichas presentaciones. En relación a la Audiencia de las Partes no contendientes y el acceso al Publico. El Tribunal, informara a su debido momento.

2. *Análisis Jurídico del Caso*

La demanda frente al CIADI parte del concepto jurídico del Derecho Internacional Público de expropiación indirecta, cuyo referente se encuentra en el “ common law” a través de los “taking” posesorios. RDC argumenta que a través del Acuerdo Gubernativo de lesividad se le ha limitado el usufructo de 50 años otorgado por el contrato.

No obstante a la luz del “Civil Law”, la declaratoria de lesividad no se encuentra firme. Se tendría que obtener una respuesta de un tribunal local para decir que la lesividad existe. Bajo esta perspectiva no se trata de un contrato de usufructo que es propio del Derecho Civil guatemalteco sino de una concesión, por lo cual estamos frente a un contrato administrativo, que otorga el traslado de un servicio público a una empresa privada con el fin de que esta atienda al usuario, el cual

estará sujeto a los controles del Estado, sin embargo el CIADI ha equiparado tal contrato al de Usufructo.

3. Posición de la Demandada

- 1- *Bajo el derecho guatemalteco, el contrato de usufructo es una enajenación de los bienes del Estado.*
- 2- *La transmisión, en usufructo oneroso, del equipo ferroviario a que se refiere el contrato 143/158 es nula, en forma absoluta.*
- 3- *Bajo derecho guatemalteco, Guatemala no ha violado el debido proceso ni en el curso de la publicación de la Declaratoria de Lesividad, ni en el proceso contencioso administrativo relativo a la Lesivida.*
- 4- *Bajo derecho guatemalteco la lesividad era la única vía ajustada a derecho que tenía Guatemala para demostrar las ilegalidades del contrato 143/158.*
- 5- *Bajo derecho guatemalteco la noción de intereses del Estado, legalidad y la naturaleza de la lesividad confirman que el Estado de Guatemala actuó conforme lo requería el ordenamiento jurídico guatemalteco.*
- 6- *El Gobierno de Guatemala demostrará que la compañía no realizó las inversiones ofrecidas.*

4. Posición de la Demandante

El argumento esencial de Ferrovías es que fue objeto de una expropiación indirecta por parte del gobierno de Guatemala, al momento en que se declararon lesivos a los intereses de la nación los tres contratos que conforman la concesión ferroviaria. La medida tomada por el Gobierno es contraria a lo que indica el capítulo 10 del Tratado del Libre Comercio (TLC).*

Railroad Development Corporation RDC; basándose en el capítulo 10 de las normas del DR CAFTA, sostiene que el asunto no debe resolverse a través del derecho interno, ya que RDC tiene el 82% de acciones de Ferrovías, por lo que el

capítulo 10 del DR CAFTA puede ser aplicado a cualquier Sociedad Anónima nacional que tenga más del 51% de capital extranjero.

5. Introducción a análisis del Tribunal

5.1 Competencia

Guatemala reclama superposición de procedimientos. En lo sustantivo de la objeción de Guatemala a la Jurisdicción del Tribunal se encuentra el hecho de que los procedimientos arbitrales no han sido interrumpidos. De acuerdo con las reglas del TLCAC-RD, RDC “renunció a todo derecho de iniciar o continuar otros procedimientos de resolución de diferencias” que corresponden a las mismas medidas que según se alega, constituyen la violación del TLCAC-RD,*por lo que, recayó sobre el Tribunal la responsabilidad de determinar si los arbitrajes locales abordaron las mismas medidas que incluyeron en la demanda relativa al TLCAC-RD.

Por su parte, RDC sostuvo que su reclamación del TLCAC-RD solo se refería a medidas tomadas después de que los procedimientos de arbitraje local fuesen iniciados. Específicamente, RDC declaró que la reclamación del TLCAC-RD comenzó con la Resolución de Lesivo. La resolución introducida en 2006 por la cual se declaró que el contrato con FVG era perjudicial para el estado.*

No obstante, el Tribunal encontró que había cierta “ambigüedad” en torno a las medidas objetadas por RDC en su solicitud de arbitraje del TLCA-RD. La solicitud, por ejemplo, hacía referencia al incumplimiento de pago de fondos fiduciarios y de desalojar a los ocupantes de las vías, que de hecho constituyen los mismos motivos de queja presentados en los procedimientos de arbitraje local.

De esta manera, el Tribunal se preguntó si, “¿debido a esta superposición, la total renuncia es defectiva y afecta a todo el procedimiento ante este Tribunal o si la renuncia es parcialmente definitiva?”. Al adoptar este último enfoque, el Tribunal concluyó que la reclamación del TLCAC-RD presentada por RDC era, en efecto,

un paquete de múltiples demandas y que no todas se encontraban fuera de la jurisdicción del tribunal.

Guatemala intentó infructuosamente ante el tribunal arbitral realizar tres objeciones de competencia, toda vez que la lesividad para estar firme debe de estar declarada por un tribunal competente guatemalteco.

El tribunal, reiteró su posición de competencia para conocer la demanda presentada por RDC, toda vez que no está revisando el proceso de lesividad, si no el Acuerdo Gubernativo de lesividad.

En realidad dice Manuel Bezares “no se trata de un contrato de usufructo que es propio del Derecho Civil guatemalteco, sino de una concesión por lo cual estamos frente a un contrato administrativo que otorga el traslado de un servicio público, el cual estará sujeto a los controles del Estado, sin embargo el CIADI ha equiparado tal contrato con el de Usufructo.” (Carrasco. J. 2011).

6. Continúa el Proceso

En esta fase correspondía a la parte demandada entregar su réplica (respuesta jurídica) o respuesta a una réplica que presentó la empresa demandante al CIADI que debió ser entregada el 7 de julio del 2011. El Tribunal amplió el tiempo de entrega por 45 días y luego por dos semanas más a petición de la parte demandada, que venció el 21 de octubre de 2011. El gobierno de Guatemala enfrentó la renuncia en el mes de julio de Arnold & Porter firma que lo representaba en Estados Unidos por falta de pago de sus honorarios (se les pagó US\$ 1 millón 990 mil y se les adeuda \$2.5 millones); lo que dio lugar a varios intentos de recontratarlos uno por medio del interventor de FEGUA sin éxito y la otra por el Procurador General de la Nación, Guillermo Porras, con el objeto que la firma de abogados Arnold & Porter los acompañen a presentar el documento o si insistían en que se les pagara primero (no se contaba ni con él cheque ni con la transferencia).* No obstante para la entrega de la réplica para el día 21 partió una delegación presidida por el Procurador General de la Nación y un equipo de abogados.

7. La Audiencia Pública

Dentro de las actividades del proceso, se llevó a cabo la audiencia pública del 9 al 16 de diciembre, en el CIDAI (Washington), en la primera parte del evento; se dio la apertura del debate, donde ambas partes expusieron sus argumentos ante un panel, las audiencias continuaron con la presentación de testigos, peritos/expertos, se llevó a cabo el cierre con los argumentos finales, en esta actividad participaron más de 60 personas, los fines de semana se tuvo jornadas de medio tiempo, la fase para exponer argumentos concluyó el 16 de diciembre. El Tribunal después de esta audiencia tenía un plazo de 90 días emitir su fallo.

8. Decisiones

Una vez celebrada la audiencia sobre el fondo del caso, el Tribunal; emitió su fallo el 29 de junio de 2012, el cual fue condenatorio para el Estado de Guatemala, este fue aceptado sin reservas. La resolución declara que Guatemala violó el estándar mínimo de trato establecido en el CAFTA, el cual exige a cada Estado parte, otorgue un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena a los inversionistas.

El tribunal ordenó el resarcimiento total a favor RDC, por lo que el Estado de Guatemala quedó obligado a pagar US\$14.5 millones por concepto de daños e interés compuesto; así mismo, ordenó a Guatemala pagar determinados gastos administrativos del Tribunal por un monto de US\$200.000. Lo resuelto en cuanto a interés compuesto y costos administrativos se derivó al haber determinado el Tribunal que Guatemala había provocado una fase innecesariamente prolongada al impugnar la jurisdicción. También resolvió que, en cuanto Guatemala pague en su totalidad el monto ordenado, RDC deberá entregar a Guatemala o a quien esta designe toda la participación accionaria (82%) que posee en FVG y, al hacerlo, renunciar a todo que RDC pudiera tener según los términos del usufructo del ferrocarril. De conformidad con el CAFTA, Guatemala está obligada a cumplir con el laudo definitivo a la mayor brevedad.

Por otro lado, la empresa Railroad Development Corporation RDC y la subsidiaría Ferrovías Guatemala S.A., desistieron de los juicios iniciados en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala [CENAC].

8.1 Solicitud de revisión de cálculo

La empresa Railroad Development Corporation solicitó al tribunal, la revisión de cálculo por US\$22 millones. La resolución final emitida por el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI fue de US\$2.2 millones más por concepto de inversiones realizadas.

El abogado de RDC, Juan Pablo Carrasco, refirió que la empresa decidió por ahora aceptar y proceder con la ejecución de laudo.

El Estado tuvo 90 días para hacer el pago según el reglamento del CIADI.

CONCLUSIONES

La investigación realizada con el fin de dar respuestas a las preguntas (hipótesis) ¿A qué responde que se declara lesivo a los intereses del Estado de Guatemala, el contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario suscrito entre Ferrocarriles de Guatemala, FEGUA y Ferrovías S.A.? y ¿Por qué el Estado de Guatemala corre el riesgo de perder el juicio arbitral con Railroad Development Corporation? nos llevó a presentar las siguientes conclusiones.

- 1. El contrato de usufructo oneroso del equipo ferroviario contenían serios defectos legales que justificaban la declaratoria de lesividad, dado que afectaban sustantivamente los intereses del Estado, partiendo del hecho de que no se observaron las normas de contratación establecidas en la Ley de Contratación del Estado (licitación previa, contratos que requerían de la aprobación del Presidente de la República mediante acuerdo gubernativo, para entrar en vigor). La firma por parte del Interventor de FEGUA del contrato constituyó, una actuación “ultra vires”. Lo convertían en un acto administrativo que lesionaban los intereses públicos, de orden económico, y que los hacían anulables por los tribunales de la jurisdicción del contencioso-administrativo, de acuerdo al derecho interno.*
- 2. El Presidente de la República de Guatemala estaba obligado a emitir el acuerdo de lesividad (en Consejo de Ministros) dado que tenía conocimiento expreso de los hechos y circunstancias que apuntaban a la lesividad que afectaban los intereses del Estado, producto de un acto administrativo, so pena de incurrir en responsabilidad legal.*
- 3. Es también verídico que la declaración de lesividad, repercutió de carácter inmediato en las siguientes actividades: FEGUA deja de percibir ingresos por concepto de regalías; se suspende el plan de reactivación de la vía férrea propuesta en las bases de licitación pública internacional para transporte ferroviario de carga; incremento de las ocupaciones, depredación*

etc. y FEGUA se constituye en una modesta oficina que supervisa y canaliza algunas demandas jurídicas con relativo éxito.

- 4. Pese a que Guatemala interpuso varias reclamaciones de superposición de procedimientos de jurisdicción, el Tribunal, reitero su posición de competencia para conocer la demanda presentada por Railroad Development Corporation RDC, toda vez que no estaba revisando el proceso de lesividad, si no el Acuerdo Gubernativo de lesividad.*
- 5. El Tribunal; emitió su fallo (Laudo) condenatorio para el Estado de Guatemala, el cual fue aceptado sin reservas. La resolución declara que Guatemala violó el estándar mínimo de trato establecido en el CAFTA, el cual exige a cada Estado parte, otorgue un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena a los inversionistas. Por lo que el Estado se encuentra obligado al pago por daños e intereses compuestos y gastos administrativos del Tribunal.*

RECOMENDACIONES

Partiendo de las conclusiones de la investigación realizada se permite hacer las siguientes recomendaciones:

1 El Estado de Guatemala debe de ser cuidadoso, responsable y considerar seriamente la experiencia obtenida en la negociación ferroviaria entre Ferrocarriles de Guatemala FEGUA y Railroad Development Corporation RDC, en la que no se rehabilito el ferrocarril, se perdió el 90% de su maquinaria y equipo, puentes, estaciones y durmientes de la línea férrea, y en la que tuvo que pagar más de Q.100 millones por concepto de daños.

2 Debe de tomarse una decisión con carácter de urgente sobre la empresa Ferrocarriles de Guatemala FEGUA, su Ley orgánica ha quedado obsoleta; en tanto que; la empresa tenía por objeto la prestación del servicio público de transporte ferroviario de carga y pasajeros, al no poder cumplir con los requerimientos para operar, el gobierno se vio obligado a intervenirla (una medida administrativa temporal, que cumple 35 años) y subsidiarla.

Por problemas de inversión mínima y capital de trabajo limitado, cierra operaciones de pasajeros en 1994 y de carga, en 1996. En el año 2007, diez años después de otorgada la concesión a favor de Ferrovías de Guatemala, S.A, suspende actividades a partir de la declaración de lesividad, sin haber rehabilitado él ferrocarril. De donde, la empresa no cuenta con la condición jurídica, económica ni técnica, para operar el ferrocarril.

3 Debe realizarse un levantamiento de los activos de la empresa a través de la Dirección de Bienes del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, puesto, que la empresa cuenta con bienes inmuebles, bodegas, estaciones, talleres, fincas con vocación agraria de gran extensión, etc. a todo el largo de su línea férrea.

4 La necesidad de actualizar el valor de las propiedades de FEGUA. Para resaltar la importancia del tema, consignamos algunos casos; la antigua Estación Central del Ferrocarril, que tiene una extensión de diez manzanas con dos nacimientos naturales de agua (Valuada en 1994 por el Ministerio de Finanzas Públicas en

Q.80.0 millones), Gerona que abarca 3 manzanas aproximadamente (Valuada en 1994, por el Ministerio de Finanzas Públicas, en Q.12.0 millones), la “Estación del Peñate”, en el Puerto de San José (valorada por la misma institución, en 1994 en Q.6.0 millones) y la finca Chacha Gualia, en Izabal utilizada por la United Fruit Company, UFCO, para el cultivo del banano.

5 Considerando la necesidad de implementar un sistema de transporte urbano masivo en la ciudad capital de Guatemala y el interés de la Agencia Nacional para el Desarrollo de Infraestructura Económica ANDIE, que plantea construcción de un línea férrea para pasajeros, que uniría dos extremos de la capital, hace que vuelva tomar relevancia sus activos y el derecho de vía, proyecto en el que El Estado podría participar como accionista con beneficios correspondiente al valor comercial de los terrenos que aportaría a la nueva empresa.

6. El Estado de Guatemala en futuras negociaciones debe dar cumplimiento a los requisitos que la ley exige para el otorgamiento de concesiones, en particular cuando se prefiere como forma contractual el Usufructo Oneroso para conferir derechos sobre bienes públicos.

7. En las negociaciones se debe observar la aplicación de bases de licitación claras, adecuadas y pública, así como considerar la. protección de bienes de valor histórico considerados patrimonio cultural.

8. Se debe encontrar una solución pronta y viable a la problemática de los asentamientos humanos en el derecho de vía férrea, al margen de que se ponga en funcionamiento el ferrocarril, ya que constituyen una fuente de conflictividad social.

Referencias.

Monroy, M. (1992). *Arbitraje Comercial*. Bogota-Colombia, ed. Temis. Pág.6.

Quiroa, M. (2003) .Madrid, ed. Dykinson. Pág.295

Carrillo, J.M. (2011) *Declaración Jurada* ante el CIADI. Caso No.ARB/07/23.

Posner III, Henry.(2011). *Declaración Jurada* ante CIADI.

Gordillo, Mario (2007) *Declaración testimonial*, del Procurador General de la Nación.

Aguilar, J. (2011). *Segundo Informe Pericial*, ante el CIADI.

Gramajo, O (2011) *Tercera Declaración Jurada*, ante CIADI.

Samayoa Minera, M. (2011) *Segunda Declaración Jurada*, ante el CIADI.

Carrasco, J. (2011). Declaración. Prensa Libre; Nacionales. Pág. 10.

CIADI. (2011) Decisión sobre jurisdicción del tribunal en el caso Railroad Development Corporation vrs. Republic of Guatemala. Case: ARB/07/32.

Bezares, C. (2011).Demandas que el Estado de Guatemala enfrenta con Empresas Transnacionales. Asociación para la Promoción y el Desarrollo de la Comunidad, CEIBA:

Velásquez, L. (2011) Declaración del Ministro de Economía. El Periódico.

La decisión sobre objection sobre jurisdicción del tribunal en el caso Railroad Development Corporation vrs. Republic of Guatemala, ICSID Case ARB/07/32 se encuentra disponible en http://ita.law.uvic.ca/RDC-Guatemala_Decisiones_Objection_Jurisdiction_CAFTA.pdf.

Bibliografía

Textos

Bodenheimer, E. (1942) *Teoría del Derecho*. Traducción, Vicente Herrero. PCE. 1era. ed.

Quintana, A. (1999) Marco Jurídico Nacional e Internacional en Contratación y Arbitraje.

Editorial: Temis- 1999.

Guerra-Borgues, A. (2006). Guatemala 60 años de Historia Económica; 1944-2004. Guatemala.

Tipografía Nacional.

Gutierrez, E. (2005) Las implicaciones del TLC en la gestión económica regional. Instituto

Centro Americano de Estudios Sociales y Desarrollo INCEDES. 2005.

----- IN THE MATTER OF AN ARBITRATION BEFORE THE INTERNATIONAL CENTRE FOR ----
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES ("ICSID")

-----BROUGHT UNDER THE DOMINICAN REPUBLIC-CENTRAL AMERICA-UNITED STATES FREE
TRADE AGREEMENT ("CAFTA") AND THE INVESTMENT LAW OF EL SALVADOR (ICSID CASE NO.
ARB/09/12) BETWEEN: PAC RIM CAYMAN LLC.

Kinnear (et al)(2006). Investment Disputes under NAFTA, An Annotated Guide to Chapter 11.

Leathley, C. (2007). International Dispute Resolution in Latin America: An Institutional Overview.

Monroy, M.(1997) Arbitraje Comercial. Editorial: Temis; Colombia.

Convenios

"CAFTA" means the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement of 2004.

CAFTA Article 10.16, CAFTA Article 10.18, CAFTA Articles 10.20.4 & 10.20.5 CAFTA Article 10.22

----- (1997) Contrato de usufructo Oneroso de Bienes de Utilidad Ferroviaria Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala –FEGUA- para la Prestación de Transporte Ferroviario, entre Ferrocarriles de Guatemala – FEGUA- y Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, suscrito en Escritura Pública número cuatrocientos dos, autorizada en la Ciudad de Guatemala el día veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

----- (1997). Contrato de Fideicomiso de Administración y pago, entre Ferrocarriles de Guatemala – FEGUA- y Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima, y Banco Agrícola Mercantil de

Guatemala, Sociedad Anónima, en Escritura Pública número 820, autorizada en la Ciudad de Guatemala el día 30 de diciembre de 1999, por el notario Eduardo René Cabrera Polanco. Con una vigencia de 25 años, que vencen el 31 de diciembre 2025.

----- (1999) Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario Bienes de Utilidad Ferroviaria Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala –FEGUA-, suscrito en 28 de agosto del 2003, por la notaria Claudia Mariela Marroquín Luther. Esta sustituyo a la Escritura número 41, de fecha 23 de marzo de 1999. Dado que esta nunca fue formalmente aprobada por Decreto Gubernativo. Pero a su vez, esta fue modificada el 7 de octubre de 2003 por la Escritura número 158.

Legislación

-----Constitución Política de la Republica de Guatemala. Edición2004; Impresos: Ayala & Jiménez.

Decreto 22-69 del Congreso de la República de Guatemala, y modificado por el Decreto 60-72 del Congreso de la República que contiene la “Ley Orgánica de Ferrocarriles de Guatemala” del 28 de septiembre de 1972.

Decreto No. 1427 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Parcelamientos Urbanos. Guatemala, 8 de marzo de 1961.

Decreto No. 16-2010 del Congreso de la República, Ley de Alianza para El Desarrollo de Infraestructura Económica. Guatemala, del 18 junio de 2010.

Hemerográfica

Periódicos: El Periódico, Presa Libre, Siglo XXI.

Sitio WEB.

Litigio Gobierno de Guatemala <http://icsid.worldbank.org/ICID/index.jsp>

Glosario de términos

Arbitraje: El arbitraje constituye el acuerdo entre dos o más personas, así como entre particulares y los Estados, para que una tercera dirima una controversia existente entre ellas.

El Reglamento de conciliación y arbitraje del CENAC emplea los siguientes conceptos y definiciones:

Acuerdo de arbitraje: También denominado “acuerdos”, es aquel por medio del cual las partes, ya sea a través de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral, deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

Arbitraje: Procedimiento legal al cual se puede acoger tanto particulares como instituciones, para solucionar sus controversias en forma privada, con ventajas frente al proceso judicial y los mismos efectos legales.

Arbitro: Persona individual que ejerce una función jurisdiccional temporal, otorgada por dos o más partes, para que conozca de un conflicto en particular y emita un laudo arbitral.

Conciliación: Procedimiento legal, rápido y económico por medio del cual las partes por sí mismas y, con la colaboración de un tercero, buscan un acuerdo de obligatorio cumplimiento.

Conciliador: Persona individual que participa activamente como tercero neutral, dentro de un proceso de conciliación, cuando dos o más partes tienen un conflicto y desean encontrar una solución efectiva a su problema.

Gastos administrativos: Emolumentos que representan el costo de administración en el que se incurre dentro de todos los procesos manejados por CENAC.

Laudo: Resolución emitida por un Tribunal Arbitral, con los mismos efectos de una sentencia judicial.

Tratado: Se entiende por "Tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación". Artículo 2, a). Convención de Viena.